

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**



**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**

**CARRERA DE DERECHO**

Proyecto de Investigación previo a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador

**TÍTULO**

**“ANÁLISIS DE LA MATERNIDAD FORZADA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑAS, ADOLESCENTES Y MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN EN EL ECUADOR.”**

**AUTORA**

Doménica Cecilia Chávez Sánchez.

**TUTOR**

Dr. Diego Andrade Ulloa.

**Riobamba - Ecuador**

**2020**

## HOJA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL





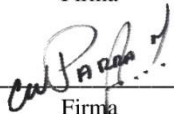
**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CARRERA DE DERECHO**

### TÍTULO

“Análisis de la Maternidad Forzada y Derechos Fundamentales de Niñas, Adolescentes y Mujeres Víctimas de Violación en el Ecuador.”

**Informe final del Proyecto de Investigación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el Tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, ratificado con sus firmas.**

### MIEMBROS DEL TRIBUNAL.

<b>TUTOR</b> Dr. Diego Andrade Ulloa.	<u>10</u> Calificación	 Firma
<b>MIEMBRO 1</b> Dr. Franklin Ocaña Vallejo.	<u>10</u> Calificación	 Firma
<b>MIEMBRO 2</b> Dr. Walter Parra Molina.	<u>9</u> Calificación	 Firma
<b>NOTA FINAL</b>	<u>9.67</u>	

## PÁGINA DE DECLARACIÓN EXPRESA DE TUTORÍA

### PÁGINA DE DECLARACIÓN EXPRESA DE TUTORÍA

#### CERTIFICACIÓN

Dr. Diego Lenin Andrade Ulloa, docente de nivel pre-grado de la Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad Nacional de Chimborazo

#### CERTIFICO

Que durante el desarrollo del presente proyecto investigativo denominado “ANÁLISIS DE LA MATERNIDAD FORZADA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑAS, ADOLESCENTES Y MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN EN EL ECUADOR” he cumplido con las actividades de tutoría y acompañamiento de la estudiante Doménica Cecilia Chávez Sánchez, tal como lo establece el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Chimborazo.

Por ello, me permito sugerir que se proceda con los trámites respectivos para que se lleve a cabo la disertación del presente proyecto de investigación.

Riobamba, 01 de julio del 2020.



Dr. Diego Andrade Ulloa

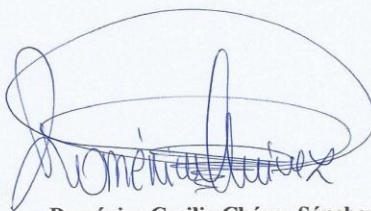
C.C:06002051484

**TUTOR**

## PÁGINA DE DECLARACIÓN DE AUTORÍA

### DECLARACIÓN EXPRESA DE AUTORÍA

Yo, **DOMENICA CECILIA CHAVEZ SÁNCHEZ**, con número de cédula de ciudadanía N° 0604656504, declaro que soy responsable de todos los criterios, estudios y conclusiones, así como los lineamientos y diseños expuestos en el presente proyecto de investigación titulado: **“ANÁLISIS DE LA MATERNIDAD FORZADA Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE NIÑAS, ADOLESCENTES Y MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLACIÓN EN EL ECUADOR.”** Los derechos de autoría los cedo y pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



**Doménica Cecilia Chávez Sánchez.**

**C.C 0604656504.**

## **DEDICATORIA**

A Sisa Suyana, Victoria Sofía, Emilia Micaela y Andrea Camila: Les dedico mi vida, tiempo, inspiración y amor en cada letra escrita, anhelo que cada día construyan, desde su crecimiento, un mundo más justo en el que quepamos todos, todas y todes. Sé que ustedes serán las protagonistas de la nueva revolución feminista. Nunca se olviden de cuestionarlo todo. Les abrazo siempre.

### **¡QUE JAMÁS NADIE DECIDA SOBRE SU VIENTRE!**

A mis hermanos, Esteban y Francisco: Otra masculinidad es posible, aquella que se construye a diario, cuestiona y critica las bases en las que se ha fundamentado el sistema en el que vivimos. Dedicarles siempre mi tiempo y mi espacio. Les amo infinitamente.

A todas aquellas mujeres, niñas y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual. No están, ni estarán solas.

Mi vida se encuentra encaminada a la defensa de mujeres, niñas y adolescentes que han sufrido situaciones de violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, dentro de este sistema patriarcal que pretende, cada vez, callarnos y dominarnos a través del miedo.

### **¡NO ESTÁN SOLAS! ¡NOS SEMBRARON MIEDO, NOS CRECIERON ALAS!**

Este trabajo investigativo va dedicado a las mujeres que me han acompañado a lo largo de mi carrera universitaria, a mis profesoras y a mis amigas. Aprovecho para escribirles un deseo: Que la sororidad siempre nos caracterice, acordarnos que nuestras compañeras de trabajo y de aula jamás serán competencia, son nuestras aliadas.

### **¡LA MATERNIDAD SERÁ DESEADA O NO SERÁ!**

## AGRADECIMIENTO

*Gracias a la vida que me ha dado tanto.*

### **A mi familia.**

**Mami Ceci y Papi:** Las palabras quedan cortas para agradecer el tiempo, cuidado y esfuerzo que me han dedicado. Esta meta alcanzada, la comparto con ustedes, ya que ha sido gracias al amor que me tienen Gracias por tanto cariño.

**Ximenita:** Sin usted esto no fuera posible. Gracias por la paciencia y el amor al enseñarme tantas cosas en este camino recorrido, gracias por abrirme las puertas de su casa y permitirme ser parte del crecimiento de la Florcita.

**Mamá:** Gracias por cuidarme el corazón y estar siempre pendiente de mí.

**Papá:** Gracias por darme las herramientas desde muy pequeña para enfrentarme al mundo.

### **A mis amigos, mi otra familia.**

**Vale Godoy:** Es increíble el paso del tiempo y tu presencia en mi vida, gracias por ser mi hermana y estar cuando siento que no tengo ningún lugar donde refugiarme.

**Dr. Luis Concha:** Gracias por confiar en mí y darme un espacio para trabajar y crecer juntos. Gracias porque todos los días aprendo algo nuevo.

**Pauli:** Gracias amiga y futura colega por todo lo que me compartes, lo que me enseñas y me apoyas. Nos sostenemos y espero que sea así siempre.

**Cris Valdivieso:** Gracias por ser amigo. Siempre has sido luz en momentos de oscuridad. No me faltes nunca.

**Bebesi Paredes y Vale Padilla:** No tengo palabras para agradecerles y expresarles lo importante que han sido para mí en este último año de Universidad, gracias por enseñarme lo que significa ser amiga de verdad, por tantas risas y por tantos aprendizajes juntas.

### **A la Universidad Nacional de Chimborazo.**

Gracias a la Universidad que puso en mi camino a las personas correctas, todas aquellas que aportaron de manera significativa a mi crecimiento profesional y personal también.

Gracias Doctora Rosita Campuzano por la paciencia y preocupación.

Gracias Dr. Alejandro Hernández por ser el mejor profesor y amigo que he tenido.

Gracias Dr. Diego Andrade Ulloa y Dr. Franklin Ocaña Vallejo por guiarme, enseñarme y corregirme.

## INDICE

PÁGINA DE DECLARACIÓN EXPRESA DE TUTORÍA .....	iii
.....	iv
PÁGINA DE DECLARACIÓN DE AUTORÍA .....	iv
DEDICATORIA .....	v
AGRADECIMIENTO .....	vi
RESUMEN .....	x
ABSTRACT .....	xi
INTRODUCCIÓN .....	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	2
JUSTIFICACIÓN .....	4
OBJETIVOS.....	6
Objetivo General.....	6
Objetivos Específicos.....	6
CAPITULO I.....	7
ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL MÍNIMO Y LAS FIGURAS JURÍDICAS DE VIOLACIÓN Y ABORTO.....	7
1. Análisis Histórico del Derecho Penal en el Ecuador.....	7
2. El Derecho Penal Mínimo .....	11
2.1. Eximentes de Responsabilidad Penal y Extinción de la Responsabilidad Penal. ....	16
2.2. Casos de Exclusión de Antijuricidad.....	18
2.3. Causas de Justificación y Exculpación.....	21
2.4. Estado de necesidad.....	22
2.4.1. Interés Preponderante.....	23
3. Violación.....	23
4. Aborto .....	30
CAPITULO II.....	33
La Víctima y sus Derechos.....	33
5. Conceptualización de Víctima.....	33
5.1 Características de la víctima.....	36

5.2 Derechos de las Víctimas .....	38
CAPÍTULO III.....	40
REVICTIMIZACIÓN Y MATERNIDAD FORZADA.....	40
6. Análisis conceptual de revictimización y maternidad forzada .....	40
6.1. Revictimización .....	40
6.2. Maternidad Forzada.....	42
6.3. Análisis jurídico del Estado de necesidad y su vínculo con la maternidad forzada en víctimas de violación. ....	43
7. Análisis jurídico de normativa nacional sobre revictimización.....	47
8. Análisis jurídico de normativa internacional sobre Revictimización y Control de Convencionalidad. ....	48
9. Estadísticas de maternidad en casos de violación.....	53
9.1. Metodología.....	55
9.1.1 Métodos .....	55
9.1.2 Técnicas de Obtención de Datos.....	56
9.1.3 Instrumentos de Investigación. ....	56
9.2. Resultados y discusión. ....	56
Tabla 1. Despenalización del aborto. ....	57
Tabla 2. Bien jurídico protegido a través del derecho penal. ....	58
Tabla 3. Derecho a la vida .....	59
Tabla 4. Derechos fundamentales de las víctimas.....	61
Tabla 5. Derechos de las víctimas.....	62
10. Análisis Jurisprudencial Internacional sobre Maternidad Forzada.....	63
NIÑA MAINUMBY VS PARAGUAY.....	63
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	68
CONCLUSIONES .....	68
RECOMENDACIONES .....	69
Bibliografía.....	70
ANEXOS.....	75



## ÍNDICE DE TABLAS.

Tabla 1. Despenalización del aborto. ....	57
Tabla 2. Bien jurídico protegido a través del derecho penal. ....	58
Tabla 3. Derecho a la vida .....	59
Tabla 4. Derechos fundamentales de las víctimas.....	61
Tabla 5. Derechos de las víctimas. ....	62

## **RESUMEN**

La presente investigación pretende dar respuesta a una problemática jurídica y social de actualidad, la despenalización del aborto en casos de violación es un tema recurrente y tiene diferentes concepciones, teniendo en cuenta las diferentes corrientes ideológicas jurídicas y de igual manera plantea soluciones a través de la doctrina penal basada en el garantismo, es por esta razón que el objetivo principal de este estudio es analizar cómo la maternidad forzada o un embarazo forzado vulnera derechos fundamentales de quienes han sido víctimas de violencia sexual.

Es una investigación que posee una metodología novedosa, que es aplicada desde la perspectiva de la víctima de violencia sexual y que además es útil, ya que pretende que futuras investigaciones sean llevadas a cabo dentro de la misma línea metodológica feminista, pretende que se tome en cuenta como al ser víctimas de un delito cometido en su contra también pueden llegar a ser criminalizadas por decidir no continuar con un embarazo producto de la violencia que han sufrido, sin que existan alternativas reales y eficaces que garanticen sus derechos fundamentales por parte del Estado y también por los operadores de justicia.

### **Palabras Clave:**

Derecho penal mínimo, violación sexual, derechos fundamentales, víctimas, maternidad forzada, aborto.

## ABSTRACT

### Abstract

This research aims to respond to a current legal and social problem. The decriminalization of abortion in cases of rape is a recurring theme, and it has different conceptions. Taking into account the different legal, ideological currents and in the same way, raises solutions through the Criminal doctrine based on guarantees, it is for this reason that the main objective of this study is to analyze how forced motherhood or forced pregnancy violates fundamental rights of those who have been victims of sexual violence.

This research has a new methodology, which applied from the perspective of the victim of sexual violence. It is also useful since it intends that future research can be carried out within the same feminist methodological line. It intends to make people conscious how being victims of a crime committed against them; they can also be criminalized for deciding not to continue with a pregnancy as a result of the violence they have suffered, without there being real and effective alternatives that guarantee their fundamental rights by the State and also by justice operators.

*Keywords: Minimum criminal law, rape, Fundamental Rights, victims, forced motherhood, abortion.*

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Lorena Solís', is written over a horizontal line.

Reviewed by: Solís, Lorena

LANGUAGE CENTER TEACHER

## INTRODUCCIÓN

El propósito de la presente investigación es analizar como la maternidad forzada vulnera los derechos fundamentales de víctimas de violación en el Ecuador en los años 2018 y 2019, para alcanzar el objetivo propuesto se realizará una investigación documental bibliográfica estudiando la diferente doctrina y jurisprudencia que tenga relación con el tema investigado. El estudio utilizará el método inductivo, analítico, descriptivo y feminista, el enfoque se dará a la investigación propuesta es por su naturaleza, características y complejidad de carácter cualitativo, no experimental, sin manipulación intencional de variables.

La investigación consta de tres capítulos con sus respectivos temas y subtemas en consecuencia con la realización y estructura de la misma.

El Capítulo I, denominado planteamiento del problema, en donde se realiza un análisis jurídico del Derecho Penal Mínimo y las figuras jurídicas de violación y aborto, seguido por la justificación en donde se detalla la pertinencia e importancia del tema investigado, por último, se detallan los objetivos general y específicos en los que se basa la presente investigación.

El Capítulo II, denominado marco teórico en el cual se encuentra el estado del arte, donde se estudia la conceptualización de víctima y sus características, basada en investigaciones anteriores que guardan relación con la presente investigación. Continuando con los aspectos teóricos, en donde se estudia los derechos fundamentales de las víctimas de violación, definiéndolos e identificando cuáles son los que llegan a ser vulnerados en el caso de que la víctima de violación se le imponga llevar a término un embarazo no deseado.

El Capítulo III, denominado metodología, en donde se detallan los métodos de investigación que se utilizan en el análisis conceptual de revictimización y maternidad forzada, análisis jurídico de normativa nacional e internacional sobre revictimización, teniendo en cuenta el control de convencionalidad. También se detallan las técnicas de obtención de datos que se utilizan en la presente investigación y se tiene en cuenta las

estadísticas de la maternidad forzada en el Ecuador, así como también se realiza un análisis jurisprudencial de casos nacionales e internacionales.

Y finalmente las conclusiones y recomendaciones en donde se abarcan los diferentes resultados de la presente investigación.

## **PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

La violencia sexual ejercida contra niñas, adolescentes y mujeres en el Ecuador es un problema social que no ha encontrado una solución adecuada o efectiva, debido a la falta de implementación de normas y políticas públicas específicas que prevengan o identifiquen cualquier tipo de abuso o maltrato, así como el incumplimiento a tratados internacionales de Derechos Humanos que pretenden erradicar la violencia de género.

La violencia ha sido normalizada dentro de todos los aspectos de la vida de las mujeres, tanto en las esferas sociales en las que se relacionan, como también dentro de los círculos más cercanos como el de la familia, amigos, laboral, profesional o de estudios. Es decir, adolescentes y niñas, únicamente por su condición de género y vulnerabilidad, al ser víctimas de un delito se ven obligadas a llevar a término un embarazo no deseado.

Al hablar de niñas y adolescentes, es evidente que la maternidad precoz, es una de las tantas realidades que sintetiza la complejidad de esta nueva época, tanto por la cualidad con la que se presenta como por su cantidad (Max, Valle, & Del Carmen, 2004, pág. 295). Es alarmante la cantidad de niñas y adolescentes que se ven obligadas a ser madres a temprana edad, debido a que han sido violentadas sexualmente. Sobre ello, la investigación denominada “Vidas Robadas. Entre la Omisión y la Premeditación. Situación de la maternidad forzada en niñas del Ecuador” realizada por la Fundación Desafío de Quito (2015) dice:

La maternidad forzada convierte a las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación en instrumentos, objetos y víctimas de su capacidad reproductiva y, además, evidencia que el embarazo en niñas y adolescentes no es únicamente un problema de salud reproductiva

sino una vulneración de todos los derechos humanos, en el cual el derecho a la vida y a la libertad son los más afectados. (p.10)

Existen cifras que demuestran la importancia de esta situación problemática en el país, en el año 2011 implementó la Estrategia Nacional Intersectorial de Planificación Familiar y Prevención del Embarazo en Adolescentes-ENIPLA-PEA, debido al alto índice de maternidad en niñas y adolescentes dentro el país. Las cifras para 2010 mostraron que 3'645.167 mujeres eran madres, de ellas, 122.301 adolescentes (Burneo, Córdova, Gutierrez, & Ordoñez, 2015, págs.10-12).

A pesar de ser un problema actual, es necesario acotar que en la proforma presupuestaria del Estado para el 2020, se eliminaron en un cien por ciento, los fondos necesarios para prevenir el embarazo adolescente en Ecuador. Además, existe una reducción del 84 por ciento en el monto destinado para la aplicación de la Ley para Erradicar la Violencia Contra la Mujer, es decir que, pasará de USD 5,4 millones a USD 876.862, por lo que se pone en riesgo aspectos como el trabajo con los GADS (Heredia, 2019, pág. 5).

No existe una alternativa real y eficaz para las víctimas en estos casos que resarza el derecho vulnerado, pues, la despenalización del aborto en caso de violación es una deuda que el Estado mantiene con las víctimas de este delito. No existe estructura jurídica que las apoye, y que no las criminalice por tomar la decisión de no continuar con el embarazo.

Muchas mujeres se someten a abortos clandestinos poniendo en riesgo su vida, y quienes no pueden acceder a uno, continúan con el embarazo, que puede llegar a ser de alto riesgo debido a su edad y al desarrollo de sus cuerpos. Todo esto significa someter a las víctimas a un trato cruel que vulnera sus derechos fundamentales y también las revictimiza.

La revictimización en nuestro país se encuentra prohibida, considerando que el artículo 78 de la Constitución del Ecuador (2008) manifiesta de manera expresa que:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos

para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales. (pg. 57)

La víctima de un delito debe ser protegida, restituida e indemnizada por el daño causado, y de igual manera, dentro de todo el proceso judicial que se siga en contra del agresor, se debe garantizar la no revictimización de quien ha sufrido la vulneración.

Obligar a una mujer, adolescente o niña llevar a término un embarazo no deseado vulnera sus derechos fundamentales prescritos en la Constitución y de igual manera la revictimiza, debido a que la interrupción voluntaria del embarazo es un delito en el Ecuador. Esta es la problemática que la presente investigación pretende visibilizar.

## **JUSTIFICACIÓN**

El nivel de violencia de género que vive América Latina y de manera especial el Ecuador, es alarmante. El sistema político y jurídico actual poco ha hecho para contrarrestar la violencia que se ejerce en contra de las mujeres, adolescentes y niñas ecuatorianas, pese a las múltiples peticiones y recomendaciones de órganos de derecho internacional que se encargan de precautelar derechos fundamentales.

De entre las manifestaciones de violencia de género, la violencia sexual representa una de las más agresivas, tanto por sus consecuencias físicas como psicológicas. Esta situación se ve agravada cuando la mujer víctima es obligada a llevar a término un embarazo no deseado, producto de este delito. Sobre ello, es importante manifestar que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas, se ha pronunciado y manifiesta que:

Los órganos de derechos humanos han entregado una orientación clara sobre cuándo se requiere despenalizar el aborto y han puesto énfasis en que el acceso al aborto es un asunto de derechos humanos. Asegurar el acceso a estos servicios, de conformidad con los estándares de derechos humanos, es parte de las obligaciones del Estado para eliminar la discriminación en contra de las mujeres y garantizar el derecho de éstas a la salud, así como

a otros derechos humanos fundamentales. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, 2015)

El Estado, al imponer una sanción a las víctimas de violación sexual que deciden no llevar a término el embarazo que resulta como consecuencia del cometimiento del delito antes mencionado, vulnera el derecho al acceso a la salud, un derecho fundamental y por lo tanto, revictimiza a quienes ya han sufrido la vulneración de un bien tutelado por el ordenamiento jurídico en nuestro país.

Es discriminatorio que mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violación, no puedan acceder a un servicio de salud y se vean obligadas a ser madres. Esta imposición del Estado vulnera los derechos fundamentales que se encuentran prescritos en la Convención de Derechos Humanos y en la Constitución.

El aborto es un delito tipificado en el art. 149 del Código Orgánico Integral Penal (2014), aún en casos de violación, vulnerando así el derecho fundamental a la vida, numeral 1 y el derecho fundamental a la integridad, numerales 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la cual Ecuador ha ratificado ser parte desde el 8 de diciembre de 1977.

Así mismo, esta tipificación vulnera los derechos de protección de las víctimas que garantizan la no revictimización contemplado en el artículo 78 de la Constitución (2008), los derechos de libertad, artículo 66, numeral 3, literales a y b, donde se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la integridad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, y a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado; numeral 9 que garantiza el derecho a tomar decisiones libres, informadas y responsables sobre la sexualidad, la vida y orientación sexual; y, numeral 10, donde se trata sobre el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

No se puede negar la importancia de la presente investigación, puesto que se pretende visibilizar una problemática jurídica y social que afecta a víctimas de violación, ya que muchas de ellas se encuentran dentro de grupos de atención prioritaria, claramente establecidos en el artículo 35 de la Constitución (2008) de nuestro país.



## **OBJETIVOS.**

### **Objetivo General.**

Analizar cómo la maternidad forzada vulnera los derechos fundamentales de víctimas de violación en el Ecuador en los años 2018 y 2019.

### **Objetivos Específicos.**

- Describir la normativa jurídica y doctrina existente, nacional e internacional que abarque el tema de las causales de antijuricidad enfocadas en la maternidad forzada como vulneración de derechos fundamentales de víctimas de violación.
- Realizar un estudio teórico-jurídico doctrinario sobre derechos fundamentales y revictimización de víctimas de violación.
- Identificar los derechos fundamentales vulnerados de las víctimas de violación y su vinculación directa con la maternidad forzada

## CAPITULO I

### ANÁLISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL MÍNIMO Y LAS FIGURAS JURÍDICAS DE VIOLACIÓN Y ABORTO.

#### 1. Análisis Histórico del Derecho Penal en el Ecuador.

Para iniciar la presente investigación es necesario manifestar que el Derecho no permanece estático con el paso del tiempo, es una ciencia que se adapta y responde a las diferentes necesidades actuales de la sociedad. Es así que el Derecho Penal, a nivel mundial, se ha ido perfeccionando y así lograr una convivencia en paz.

Es necesario tomar en cuenta a Ernesto Albán Gómez (1992) en su obra Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, menciona que la evolución del derecho penal en nuestro país considera tres períodos fundamentales: El aborígen, colonial y republicano. (pp. 38 – 41). Los cuales se interpretan como momentos claves en la historia jurídica del Ecuador y su evolución, entendiendo que cada periodo histórico corresponde a una diferente etapa legislativa.

Dentro del periodo aborígen podemos destacar que:

(...) las normas jurídicas eran consuetudinarias, por la carencia de sistemas de escritura. En cuanto a los delitos en particular, hubo sin duda en el imperio inca una gradación, según su distinta gravedad. Los más severamente sancionados eran los delitos contra el inca, la religión y el estado. Luego venían los delitos contra las personas. Características muy especiales adoptaban los delitos sexuales y aquellos que afectaban a la propiedad colectiva. (Albán, 1992, p. 42)

Continuando con el análisis histórico de la evolución del derecho penal en nuestro país, se debe tener en cuenta que el periodo colonial representó un choque cultural y de igual manera un cambio radical de las normas, que si bien en el periodo aborígen el sistema penal se basaba en la costumbre y no existían normas escritas, en el colonial se instauraría “un sistema legal escrito de raigambre romanista y con muchos elementos del Derecho canónico” (Albán, 1992, p. 42)

El periodo republicano representó para nuestro país un cambio cultural, sin embargo, el cambio en la estructura jurídica penal de la naciente república empezó en el año de 1837 con el gobierno de Vicente Rocafuerte con la promulgación del primer Código Penal, que según la investigación realizada por Magallanes y Gómez (2006) aquel cuerpo legal se inspiró en:

(...) las ideas liberales de dicho mandatario y al parecer del código español de 1822, normativa en la que se empieza a institucionalizar los principios fundamentales de la Escuela Clásica, esto es, legalidad de delitos y penas, culpabilidad psicológica, entre otros temas, manteniéndose eso sí algunas de las viejas tradiciones penales. (p. 17)

A lo largo de este periodo, se destaca que en el gobierno de Gabriel García Moreno, en el año de 1972 existió un cambio en la ley penal de nuestro país, inspirado en “el Código Penal de Bélgica de 1867, que a su vez tenía como modelo el Código francés de 1810. Este Código tiene alguna evolución con relación al de 1837 en cuanto a los conceptos esenciales derivados de la Escuela Clásica” (Magallanes & Gómez S, 2006, p. 18).

La instauración del liberalismo en 1906, con la presidencia de Eloy Alfaro trajo consigo un cambio al ordenamiento penal del Ecuador, se eliminaron los delitos contra la religión y se suprimió la pena de muerte. Evidentemente existió un cambio social, que se plasmó en la normativa del país. Morales (2016) lo describe como un avance significativo a la inviolabilidad de la vida, debido a que es exceptuada la pena capital. (p.7)

En el año 1938, con la dictadura militar instaurada en nuestro país, al mando del General Alberto Enríquez, según Magallanes y Gómez (2006) la legislación penal:

(...) mantiene la estructura básica del código anterior derivada de la Escuela Clásica, con algunos toques modernizadores inspirados en el Código Penal italiano de 1930 y en el argentino de 1922, tales como la relación de causalidad, la imputabilidad, entre otros aspectos. (p.18)

Es necesario enfatizar que el Código mencionado en el párrafo anterior, tuvo diferentes reformas que pretendían responder a los cambios sociales que se daban en el

Ecuador de ese entonces. Sin embargo, los legisladores pudieron observar que las normas sustantivas, procesales y ejecutivas penales vigentes de ese entonces, no respondían a una sola línea de pensamiento. Sus contextos históricos eran muy diversos. Las finalidades y estructuras eran distintas, sin coordinación alguna, inclusive contenían normas contradictorias. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

Es necesario tomar en cuenta que el derecho constitucional ha tomado protagonismo en las democracias contemporáneas. Es así que en el Ecuador, “se adecua la legislación ecuatoriana a los nuevos desarrollos conceptuales que se han producido en el mundo y en la región, como mecanismo para asegurar un correcto funcionamiento de la justicia penal” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, p. 3).

El derecho en nuestro país tuvo una transformación importante, debido a que en el año 2008 se expidió la actual Constitución, en la que se declara al Estado ecuatoriano como constitucional de derechos y justicia, lo que representó un cambio en la estructura jurídica, administrativa, y política. Según el artículo 424 de la Constitución de la República del Ecuador (2008):

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. (p. 127)

Gracias a este mandato constitucional surge la importancia de actualizar el ordenamiento penal en nuestro país y en el año 2014 se expide el Código Orgánico Integral Penal, dejando derogado el antiguo Código Penal. De esta manera se dejó atrás un sistema de normas que no respondían a las necesidades de la sociedad y que no garantizaban de manera eficaz una convivencia en paz.

El nuevo Código nace de la necesidad de determinar las garantías y bienes jurídicos que deben ser protegidos de quienes se someten a un proceso penal, ya sean víctimas o

procesados. Existe un balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal que nos presenta el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su parte expositiva:

Se limita la actuación del aparato punitivo del Estado. La o el juez es garante de los derechos de las partes en conflicto. El proceso se adecua a los grados de complejidad de los casos. Las personas sometidas al poder penal –como víctimas o procesados- tienen, en todas sus etapas, derechos y garantías. (p.4)

Siguiendo el lineamiento garantista del derecho, en nuestro país, se pretende no generar injusticias al momento de llevar a cabo los procesos penales, garantizar derechos fundamentales tanto de víctima y procesado Para alcanzar este objetivo, se evidencia que se ha constitucionalizado el derecho penal, debido a que el artículo 78 de la Constitución del Ecuador incorpora la figura de la reparación integral. Para ello se integran algunas instituciones, con el fin de evitar la severidad del derecho penal y procurar que las soluciones sean más eficaces. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014)

Se debe tener en cuenta que en nuestro país la acción pública penal se encuentra a cargo de la Fiscalía, es así que el artículo 195 de la Constitución del Ecuador (2008) manifiesta:

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. (p.70)

La Fiscalía debe acusar cuando existan suficientes indicios y elementos de convicción que permitan determinar la responsabilidad penal, por lo cual, en el caso de que no existir indicios, por mandato expreso de la ley deberá abstenerse de acusar y a través del principio de mínima intervención penal, en el caso de que exista un mecanismo extrapenal para la protección de quienes intervienen en el proceso, tampoco no continuará con la investigación, por lo que se evidencia la limitación del Estado.

## 2. El Derecho Penal Mínimo

El Derecho Penal Mínimo guarda estrecha relación con el garantismo penal, es así que se determina que “garantía es una expresión del léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo. Entendiendo por derecho subjetivo toda expectativa jurídica positiva de prestaciones o negativa de no lesiones” (Luigi Ferrajoli, 2006, pp. 28 – 32).

Es necesario referir la obra *Introducción al Derecho* de Monroy Cabra (1990) en la cual se describe al derecho subjetivo como “una posibilidad de acción autorizada por una norma jurídica” (p. 204). Es decir, que los derechos subjetivos pueden ser ejecutados siempre y cuando exista una norma jurídica que posibilite su acción.

Gracias al aporte de Ferrajoli, se considera una nueva corriente de aplicación de derecho, por lo que el garantismo es definido según Miguel Carbonell (2013) como:

Una ideología jurídica, es decir, una forma de representar, comprender, interpretar y explicar el derecho. Se trata también de una serie de postulados en construcción que conforman una teoría general, donde se explica la lógica del Estado de derecho, vinculada estrechamente con la teoría del Estado constitucional, desde el punto de vista normativo, y con el llamado neoconstitucionalismo, desde el punto de vista teórico. (pp. 15 – 16)

Se debe considerar de igual manera que, según Miguel Carbonell (2013) el garantismo presupone una “separación entre el derecho y la moral, que es un fundamento necesario para la aplicación del derecho penal” (pp. 16 – 17).

Ahora bien, para centrarnos en el estudio del garantismo penal, se debe tener en cuenta la existencia de dos tipos de garantías: las positivas y las negativas. Luigi Ferrajoli (2006) las define como:

Son garantías primarias o sustanciales las garantías consistentes en las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos garantizados. Llamaré garantías secundarias o jurisdiccionales a las obligaciones, por parte de los órganos judiciales, de

aplicar la sanción o de declarar la nulidad cuando se constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y, con ellos, sus correspondientes garantías primarias. (p. 32)

De esta conceptualización, se puede inferir que las garantías primarias existen sin necesidad de las garantías secundarias, debido a que estas últimas únicamente serán aplicadas en caso de que las primeras se vean vulneradas o no se hayan aplicado de la manera correcta, provocando así una afectación al derecho subjetivo, limitando de esta forma el poder punitivo estatal.

Es importante destacar que De Cabo y Pisarello (2001) en su obra *Los fundamentos de los derechos fundamentales*: Luigi Ferrajoli, manifiestan que Hans Kelsen definió la importancia de las garantías primarias y secundarias en un sistema jurídico:

La primera es la del derecho subjetivo al deber concerniente al sujeto en relación jurídica con su titular, o sea, la que he llamado garantía primaria: «No hay derecho subjetivo en relación con una persona afirma sin el correspondiente deber jurídico de otra». La segunda es la del derecho subjetivo al deber que, en caso de violación, incumbe a un juez de aplicar la sanción, es decir, la que he llamado garantía secundaria: «El derecho subjetivo consiste no en el presunto interés, sino en la protección jurídica». (p.30)

El garantismo penal surge de una “divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y su ausencia de efectividad en los niveles inferiores” (Ferrajoli, 1995, p. 851). Se pretende la protección de los derechos fundamentales de los individuos, que se traducen en los bienes jurídicos tutelados por el Estado, a través del derecho penal, es decir, que la legislación penal guarde relación con los derechos y garantías que se encuentran prescritos en la constitución.

Según Pietro Morera (2018) el garantismo penal “se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. Se proyecta en garantías penales sustanciales y garantías penales procesales” (p.3). Se debe destacar de igual manera que Ferrajoli (2006) hace énfasis en

que el garantismo penal separa al derecho de la moral, de esta manera se pretende evitar la vulneración de derechos fundamentales de quienes se someten al proceso penal.

Según Agustín Prieto Morera (2018) en su artículo titulado La Teoría De Los Fines De La Pena De Luigi Ferrajoli:

Para el garantismo, lo que hace ético un Estado de Derecho, aun cuando penaliza a seres humanos, es que se autolimita hasta el punto de afirmar que no hay pena ni crimen sin defensa del criminal (*nullum pena, nullum crimen sine defensione*), en esto consiste la estricta legalidad.

Del garantismo penal se deriva la aplicación de un sistema normativo denominado derecho penal mínimo, que pretende la protección del más débil frente al más fuerte. Según Ferrajoli (1995) el derecho penal mínimo “corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza” (p.104). El mismo autor señala que la certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado viene garantizada por el principio *in dubio pro reo* y expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario: es necesaria la prueba, es decir, la certidumbre, no de la inocencia sino de la culpabilidad. (p.106)

Es importante destacar que el garantismo penal que ha propuesto Luigi Ferrajoli tiene el objetivo principal de proteger los derechos humanos, no desde un discurso sino desde la tutela efectiva de los mismos, así también como las libertades de cada individuo. Es por esta razón que resulta imprescindible desarrollar la teoría de las leyes del más débil frente al más fuerte.

El autor determina que derechos fundamentales son aquellos derechos que están adscritos universalmente a todos en cuanto personas, o en cuanto ciudadanos o personas con capacidad de obrar, y que son por tanto indisponibles e inalienables. De igual forma, son derechos fundamentales, en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en



los Pactos internacionales de 1966 y en las demás convenciones internacionales sobre los derechos humanos (Ferrajoli, 2006).

El respeto y garantía de los derechos mencionados en el párrafo anterior en el proceso penal, así como en cualquier otro proceso judicial, representa el principio de igualdad ante la ley de los sujetos de derecho. Es así que Contreras Aguirre (2014) en su obra Ferrajoli Y Los Derechos Fundamentales menciona:

La igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales para todos, independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares de tales derechos son entre sí diferentes.  
(p.137)

El respeto a los derechos fundamentales a través de la garantía de la igualdad ante la ley representa lo que se conoce como: La ley de los más débiles. Entendiendo que “tales libertades se encuentran vinculadas a ciertas prohibiciones, en el sentido de que ni el poder estatal ni el poder de los particulares puede decidir su privación” (Contreras Aguirre, 2014, p.139)

Los derechos fundamentales son sustanciales, según De Cabo y Pisarello (2001) en su obra Los Fundamentos De Los Derechos Fundamentales : Luigi Ferrajoli, manifiestan que:

(...) son sustanciales por ser relativas no a la «forma» (al quién y al cómo) sino a la «sustancia» o «contenido» (al qué) de las decisiones (o sea, al qué no es lícito decidir o no decidir). Si las reglas sobre la representación y sobre el principio de las mayorías son normas formales en orden a lo que es decidible por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que podemos llamar esfera de lo indecible: de lo no decidible que, es decir, de las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad, y de lo no decidible que no, es decir, de las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales. (p. 19)

Ninguna persona, tanto hombre o mujer, puede ser privada de sus libertades fundamentales, es así que ni siquiera por unanimidad se puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad, manera que los derechos fundamentales están garantizados para todos y todas.

El derecho penal mínimo contiene ciertos principios que son los que caracterizan a este sistema, garantizan los derechos subjetivos de quienes se someten a un proceso penal y que limitan el poder punitivo del Estado. Garantismo y derecho penal mínimo son, en efecto, términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, tanto en la previsión legal de los delitos como en su comprobación. (Ferrajoli, 2006)

Según Prieto Morera (2018) entre las garantías procesales están los principios de contradicción, la paridad entre acusación y defensa, la separación rígida entre juez y acusación, la presunción de inocencia, la carga de la prueba para el que acusa, la oralidad y la publicidad del juicio.

Es importante destacar que los principios que se encuentran enunciados en el párrafo anterior forman parte de nuestro ordenamiento legal penal, es así que en el artículo 5 del Código Integral Penal (2014), se detallan los 21 principios y garantías que avalan los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal, respetando siempre la dignidad humana.

El derecho mínimo penal pretende limitar el poder punitivo del Estado y esta razón es la fundamental para que en el artículo 3 del Código Orgánico Integral Penal (2014) se tipifique el Principio De Mínima Intervención, que manifiesta que “la intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales” (p.6)

Según Monroy Rodríguez (2013) en su obra Principio de Mínima Intervención, ¿retórica o realidad?, el principio de mínima intervención se refiere a:

Un límite al iuspueniendistatal que consagra la necesidad de fragmentar la acción penal, valorar los bienes jurídicos por proteger, dirigir el poder sancionador hacia los daños graves

a importantes bienes jurídicos y actuar sólo en aquellos casos en que las demás herramientas administrativas, educativas, etc., no hayan sido efectivas para alcanzar el objetivo propuesto, siempre en bien de la seguridad jurídica, la libertad y las paz; todo ello por ser el derecho penal una pesada herramienta que priva o condiciona el goce de derechos fundamentales y limita la libertad. (p. 28)

Es decir, se infiere que el derecho penal mínimo y el principio de mínima intervención penal guardan relación estrecha al limitar el poder punitivo estatal, pretendiendo resguardar derechos fundamentales de quienes se someten al proceso penal. En los casos que no sea necesaria una intervención del derecho penal, entendiendo que este mecanismo es considerado de última ratio, se deben prever otros mecanismos de protección de los derechos.

Es así que, dentro de la presente investigación, resulta necesario estudiar los diferentes conceptos que brinda la doctrina, en referencia a la responsabilidad penal y a sus eximentes, teniendo en consideración que el poder punitivo del Estado tiene que ser limitado, es decir y como se ha manifestado en líneas anteriores, la intervención penal debe ser mínima.

## **2.1. Eximentes de Responsabilidad Penal y Extinción de la Responsabilidad Penal.**

Varios teóricos y estudiosos del derecho penal, han recogido diferentes definiciones sobre la responsabilidad. Sandoval Fernández (2003) en su obra Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal manifiesta que “la responsabilidad jurídica será de carácter penal cuando al autor de una conducta contraria al ordenamiento jurídico penal le es impuesta una sanción prescrita por la ley penal” (p.2) es decir, la responsabilidad del cometimiento de un ilícito se determina cuando exista una sanción en firme.

Se entiende que una persona es responsable penalmente si ha violentado una norma, es decir, si su conducta es punible, típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, la doctrina considera que se debe determinar si la pena impuesta por contravenir una norma es necesaria o no. Siguiendo este razonamiento, Claus Roxin (1997) explica que se debe determinar si el sujeto merece una pena por el injusto que ha cometido, el presupuesto más

importante de la responsabilidad, es la culpabilidad del sujeto. Pero no es el único presupuesto, además debe añadirse una necesidad de la pena. (p.222)

Además de lo antes mencionado, para eximir de responsabilidad, se debe analizar la situación extraordinaria en la que se encuentra envuelto el sujeto que comete el ilícito, las circunstancias deben ser analizadas al momento de reprochar la conducta y fundamentalmente, plantearse la necesidad de la pena en aquellas conductas que siguen siendo consideradas antijurídicas, típicas y punibles, aún si quien las comete tiene calidad de víctima dentro de un proceso penal.

Por otro lado, la doctrina nos plantea las causales de la extinción de la responsabilidad criminal o penal. A partir del garantismo penal, se derivan mecanismos de límites y garantías contra el poder punitivo del Estado, es así que Prado Saldarriaga (2000) manifiesta que:

Las llamadas causales de extinción de la acción penal y de la pena abarcan un conjunto de circunstancias de carácter político, legal, natural o privado, que son ajenas al hecho punible, pero que extinguen su posibilidad de persecución o de sanción efectiva. (p.905)

Por otro lado, Cuello Calón (1973) manifiesta que:

Las causas de extinción de la responsabilidad penal son determinadas circunstancias que sobrevienen después de la comisión del delito y anulan la acción penal o la pena. Se diferencian de las causas de exención de responsabilidad penal en que estas son anteriores a la ejecución del delito (como la infancia, la locura), o coetáneas, es decir, surgen en el momento de su realización (como la legítima defensa) mientras que las causas de extinción de la responsabilidad penal sobrevienen no sólo después de delito sino aún después que la justicia ha comenzado su persecución y, en ciertos casos, con posterioridad a la sentencia condenatoria. (p.626)

Por lo tanto, se entiende que la diferencia entre los eximentes de responsabilidad penal y la extinción de la responsabilidad penal, surge en que los eximentes nacen antes del

cometimiento del ilícito y la extinción surge a partir de que la responsabilidad penal ya es existente. Ambos guardan estrecha relación con la necesidad de la pena.

## **2.2. Casos de Exclusión de Antijuricidad.**

Dentro del análisis de la estructura del derecho penal, es necesario destacar que para que se configure la existencia de un delito, la acción debe cumplir con los requisitos de la infracción penal que se encuentra en el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal (2014) en donde manifiesta que “es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código” (p. 10)

Es necesario revisar lo que Muñoz Conde (2008) en su obra *Teoría General del Delito*, manifiesta: “El derecho penal no crea la antijuridicidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos antijurídicos, generalmente los más graves, conminándolos con una pena” (p.65) de esta definición se destaca que la tipicidad antecede a la antijuricidad, es decir, se complementan al configurar la infracción penal, ya que la conducta vulnera un derecho.

Según Muñoz Conde y García Arán (2010) en su obra *Derecho Penal Parte General*, “la esencia de la antijuricidad es, por consiguiente, la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción” (p.301) Es decir que para que una acción sea antijurídica debe estar prevista en el tipo penal.

En resumen, si está prohibido o prescrito, es ya antijurídico por este mismo motivo. Pero no será antijurídico si se encuentra permitido: es preciso constatar que no hay una norma permisiva para ese caso. Si, debido a las circunstancias, se concede al funcionario una exención del deber de obrar o una permisión, entonces hay que comprobar que el hecho es imputable como tal hecho permitido en el aspecto objetivo y en el subjetivo. (Sánchez-Ostiz, Íñigo, & Ruíz de Erenchun, 2015)

Existen dos tipos de antijuricidad. Según Pablo Encalada (2014) en su investigación titulada *Teoría Constitucional del Delito y el Código Orgánico Integral Penal*:

Es formalmente antijurídica la conducta que contraviene una prohibición o mandato legal. Es antijurídica la conducta típica por no haber acatado los mandatos implícitos de hacer o no hacer

descritos en los tipos penales; sin embargo, existen situaciones en las cuales este indicio de antijuricidad se desvanece por incurrir en causas de justificación, en situaciones en las cuales la conducta típica se convierte en jurídica, amparada por el derecho por diversas razones. (p. 69)

La legislación penal ecuatoriana recoge dos casos de exclusión de antijuricidad que se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal: En el artículo 32, la figura del estado de necesidad que significa “la situación de peligro que obliga a una persona a lesionar bienes jurídicos ajenos en defensa de otros bienes jurídicos de menor valor” (Encalada Hidalgo, Teoría Constitucional Del Delito Y El Código Orgánico Integral Penal, 2014) y en el artículo 33, la figura de la legítima defensa que es “la lesión de bienes jurídicos en defensa de los suyos propios” (Monroy Victoria, 2002)

Por otro lado, Muñoz Conde y García Arán (2010) consideran que la antijuricidad material hace referencia a la ofensa al bien jurídico que la norma quiere proteger. Es evidente que una conducta que vulnera una norma pondrá en peligro o podrá llegar a lesionar los bienes jurídicos que el Estado tutela.

Se pueden revisar los axiomas del garantismo de Luigi Ferrajoli, como son fundamento del régimen penal en nuestro país. Son requisitos fundamentales para la sanción penal, es decir, que sin ellos no se podría aplicar el poder punitivo del Estado. El principio de lesividad se deriva del axioma “no hay necesidad sin daño”, es decir que si no existe un daño o lesión contra los bienes jurídicos protegidos por el Estado no habría la necesidad de una pena. (Encalada Hidalgo, 2014)

Podemos destacar que en función de este principio solo son punibles aquellas conductas que lesionen de manera grave o al menos pongan en peligro efectivo o concreto, bienes jurídicos de relevancia para nuestra sociedad.

Se entiende que el derecho penal está conformado por hechos típicos, es decir, por hechos de la vida real a los cuales se les puede atribuir un tipo legal, este es el aspecto garantista sobre el cual se construye el delito. Es por esta razón que Bustos Ramírez (2004) manifiesta que:

Por el hecho de que el derecho penal es de extrema ratio, para que un hecho sea sancionado con pena, es necesario que no exista dentro de todo el ordenamiento jurídico ninguna norma que le reconozca a la persona su derecho a actuar de esa manera. (p.2)

Se debe tener en cuenta, que existen dos tipos de antijuricidad dentro de la doctrina penal, siendo estas: formal y material. Entendiendo que es formal cuando es contraria o no se encuentra una justificación dentro del ordenamiento legal, y por otro lado, es material cuando se ha puesto en peligro un bien jurídico tutelado por el Estado.

Según Peláez Mejía (2018) la antijuricidad material y la formal son diferentes, en el sentido de que, la primera complementa a la segunda, según tres funciones:

- a) Permite graduar el injusto penal para efectos de modificar la pena o excluir la responsabilidad penal,
- b) Proporciona criterios adicionales para la interpretación de los tipos penales
- c) Permite la correcta aplicación de la teoría del error es útil para desarrollar y determinar el contenido de las causales de justificación. (p.207)

Es así que surgen las normas permisivas y que están referidas al comportamiento de una persona en una situación determinada, de modo entonces que tampoco pueden prescindir de esta situación y se tienen que valorar los distintos aspectos de esa situación. Cuando existen situaciones que trascienden el ordenamiento jurídico, entendiendo así la afectación a un bien jurídico, estas normas permisivas inevitablemente deben considerar el reconocimiento del derecho a actuar en determinada situación, el grado de merecimiento que surge de esa situación en que se ha afectado un bien jurídico y por consiguiente que puede haber aspectos de dicha situación que requieren una consideración desde otros ámbitos del derecho. (Bustos Ramírez, 2004)

Por lo tanto, se determina que mientras la antijuricidad formal es la transgresión de la norma, la antijuricidad material es la afectación al bien jurídico protegido que produce la vulneración de la norma, sin que existan causas que justifiquen el hecho cometido, por lo tanto, de esta manera nacen las causales de justificación y exculpación.

### **2.3. Causas de Justificación y Exculpación.**

Es importante manifestar que nuestra estructura jurídica no contempla únicamente prohibiciones, si no que también existen normas permisivas, es así que cuando el sujeto se encuentra en situaciones de extrema necesidad, en donde es presionado por alguna situación, la norma autoriza a ejecutar un acto que la materia penal lo tipifica como una prohibición. Es decir, el legislador permite que se ejecute ese acto por circunstancias sociales y jurídicas. (Gómez Huilca & Andrade Castillo, Estado de Necesidad Justificante vs. Estado de Necesidad Disculpante; y, su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana, 2017)

Para explicarlo de mejor manera, es preciso mencionar al autor Muñoz Conde (2008) quien menciona que “a diferencia de lo que sucede con las causas de inculpabilidad, las causas de justificación no solo impiden que se pueda imponer una pena, sino que convierten ese hecho en lícito” (p.67). Por lo tanto, se puede inferir que gracias a la evolución del derecho penal y el garantismo, algunos de los tipos penales quedan sin efecto jurídico, es decir, la norma responde a las necesidades de la sociedad actual.

Continuando con el análisis de lo planteado, es importante mencionar a Gómez López (2003) que en su obra Teoría del Delito, manifiesta que el fin de las causas de justificación es deslegitimar la antijuricidad, convirtiendo aquel acto típico en lícito “cuando concurre a través de una norma permisiva, se afirma que la conducta es jurídica, pues lo que está autorizado por el derecho, no puede ser a la vez injusto” (p.556)

Es necesario destacar que según el artículo 30 del Código Orgánico Integral Penal (2014) las causales de justificación son: Estado de necesidad, legítima defensa, cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal.

Por otro lado, se debe manifestar que las causales de exculpación hacen referencia a “aquellas circunstancias que excluyen la capacidad y por lo tanto, la posibilidad de imponer una pena, a un sujeto por el hecho típico y antijurídico cometido” (Muñoz Conde, 2008, p. 229). Es importante destacar que estas causales se fundamentan en aquellas circunstancias que anulan la capacidad de imponer una pena, es decir, cuando aquellos sujetos que cometen el ilícito sean inimputables.



Es por esta razón que Roxin (1989) en su obra *Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, refiriéndose a las causales de exculpación, manifiesta que:

Una conducta típica y antijurídica puede no resultar punible si el autor en el caso concreto ha actuado sin culpabilidad, por ejemplo, porque adolece de una afección psíquica que le impide comprender lo injusto de su actuar o, conociendo cual es el comportamiento jurídicamente correcto, no puede adecuar a ello su conducta. (p.39)

#### **2.4. Estado de necesidad.**

Resulta indispensable estudiar el Estado de necesidad como una causa de exclusión de antijuricidad, quizás siendo esta la más importante dentro de la presente investigación, debido a que por su naturaleza podemos definirla como aquella situación de necesidad en la cual es ineludible que exista una colisión de bienes o intereses que desencadenen aquella colisión. En donde para salvar un bien es forzoso sacrificar otro, para lo cual, el conflicto debe llegar a ser un verdadero estado de necesidad. (Vives Antón & Cobos del Rosal, 1982)

Se debe tener en consideración el concepto de Estado de necesidad que la autora García Soto (1999) en su obra *Estado de necesidad en el Derecho Penal*, en donde manifiesta que “es una situación angustiosa de peligro inminente en que se encuentra una persona que, sin su culpa y sin el deber de afrontarlo, no puede sin embargo eludirlo sin sacrificar un bien jurídico extraño” (p.58)

Es importante tener en cuenta estas dos concepciones sobre Estado de necesidad, debido a que podemos destacar dos características fundamentales del mismo, es decir, que existen circunstancias en que debe ser aplicada esta causal de antijuricidad. Por lo tanto, se infiere que no debe existir culpa y por lo mismo no deba estar obligado a soportar el daño.

La doctrina reconoce dos tipos de Estado de necesidad: Justificante y Disculpante. Siendo que el uno hace referencia a un interés preponderante y el otro hace referencia al principio de la no exigibilidad de otra conducta y se lo estudia en la culpabilidad, respectivamente. Es evidente que existe una diferencia entre ambos, pero que su similitud radica en que ambos hacen parte de las causales de justificación estudiadas.

### **2.4.1. Interés Preponderante.**

Es necesario tomar en cuenta que el Estado de necesidad Disculpante hace referencia a un ejercicio de ponderación de los bienes jurídicos que llegarían a afectarse, sin embargo, cuando se encuentren en colisión aquellos que podríamos considerar son del mismo valor, por ejemplo: Vida vs. Vida, se debe realizar un análisis exhaustivo antes de realizar una acción de sacrificio de un bien por otro, pues para que se configuren las causales de justificación es necesario que el sujeto en su pretensión de proteger un bien, lo haga evitando que se produzca un mal mayor. (Gómez Huilca & Andrade Castillo, 2017)

Es importante destacar la participación del operador de justicia, una vez que dos bienes jurídicos se encuentren en colisión, debido a que debe aplicar un análisis bajo los criterios de: Gravedad, lesión, carácter recuperable, afectación, es decir, una comparación valorativa de malos colisionados. Teniendo en cuenta que su decisión debe ser neutral e imparcial. (Quintero Olivares, 2015)

Roxin (1997) considera que no hay una formula única para ponderar o justificar la acción en estado de necesidad, únicamente existen directrices o lineamientos que se unifican unos con otros y que deben razonarse de acuerdo al caso en concreto y sopesar de acuerdo a su importancia para un interés u otro. Sin embargo, en todos los supuestos el derecho siempre va a tener decisiones realizadas por el legislador, sobre todo en el ámbito de la imposición de una sanción y sobre todo teniendo en cuenta si ese tipo penal es necesario para la sociedad.

### **3. Violación.**

Según la Real Academia Española (2019) violar significa “tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento”. Este concepto permite que entendamos que la violación es un acto que vulnera la dignidad de la víctima, ya que se comete en contra de su voluntad o cuando no tiene consciencia para dar su consentimiento.

Se evidencia que a lo largo de la historia de la humanidad ha existido una forma de dominación sobre el cuerpo y el ser femenino. En Roma se castigaba con la pena de muerte

a quienes ejercían violencia sexual sobre personas casadas o solteras. En el Código de Hammurabi de los babilónicos y caldeos se sancionaba de una manera enérgica; la agraviada, la sociedad y todos los dioses eran las víctimas. La sanción que se aplicaba al violador era la pena de muerte por ahorcamiento. (Mejía Rodríguez, Bolaños Cardozo, & Mejía Rodríguez, 2015)

En los diferentes países andinos de América Latina, en especial en aquellos donde fue significativa la presencia de los Incas, la violación era considerada un accionar grave, es así que:

(...) sancionaban al violador con expulsión del pueblo; solo se aplicaba la pena de muerte a los reincidentes. En la época de la Colonia, la cifra negra de la criminalidad aumento debido al abuso y flagelo de los cuales eran víctimas nuestros indígenas. (p.3)

Según Lucy Blacio (2013) en su artículo publicado en la Revista Ensayos Penales: Sala Penal de la Corte Nacional del Ecuador, existen diferentes tipos de manifestación de violencia en contra de las mujeres:

Violencia física, ésta se traduce en las acciones de carácter corporal que se realiza en la víctima, la misma que puede llegar desde atentados contra su integridad personal, en el caso de lesiones, pasando por una vulneración a su integridad sexual, en el caso de una violación, hasta llegar a provocar inclusive la muerte de la víctima.

Violencia psicológica, este tipo de violencia tiene como objetivo disminuir la autoestima de la víctima y provocar en ella una afectación de tal punto que cause un perjuicio en la salud mental del sujeto pasivo de la infracción.

Violencia sexual, ésta tiene lugar cuando el sujeto activo de la infracción llega a obtener una relación sexual atentando contra la voluntad del sujeto pasivo de la misma, quien no consciente el mantenimiento de esta actividad en forma voluntaria (pp. 8 – 11)

La violencia de género es sistemática, avanza, se perfecciona y se mantiene presente en la sociedad con el paso del tiempo. No se puede negar que a lo largo de la historia se han

utilizado diferentes mecanismos de violencia para ejercer control sobre el cuerpo femenino, anulando la integridad humana de la mujer, tanto en la esfera pública como en el ámbito privado o familiar. Es necesario manifestar que dentro de un hogar en el que se ejerce violencia contra la mujer también sufrirán a causa de esa violencia los más vulnerables, que son los niños.

Se debe tener en consideración que la violencia ejercida en razón del género representa un atentado a la dignidad humana, vulnerando así el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) que dice: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (p.34)

Es evidente que una de las formas más crueles en que se ejerce violencia contra las mujeres, adolescentes y niñas, es la violación sexual. Tratar el delito de violación sexual, nos lleva a identificar ciertos actos de violencia que suceden de manera repetida, avanzando de manera sistemática en nuestra sociedad, perpetuada por esa ideología patriarcal que considera el cuerpo de mujeres, adolescentes y niñas como un objeto de consumo masculino.

Hablar sobre violencia sexual resulta indispensable dentro de la presente investigación debido a que es necesario identificar el bien jurídico vulnerado cuando suceden los delitos que comprometen derechos fundamentales como: la integridad sexual y reproductiva de la víctima. Así mismo, es preciso analizar jurídicamente la evolución de la tipicidad del delito de violación.

Rita Laura Segato (2016) en su libro *La Guerra contra las Mujeres*, manifiesta que “la violación se dirige al aniquilamiento de la voluntad de la víctima, cuya reducción es justamente significada por la pérdida de control sobre el comportamiento de su cuerpo y el agenciamiento del mismo por la voluntad del agresor” (p.40)

Así se logra entender de mejor manera que la violencia sexual que se ejerce en contra de las mujeres pretende ser un ejercicio del poder masculino sobre el cuerpo femenino. La misma autora manifiesta que “la violación, toda violación, no es una anomalía de un sujeto

solitario, es un mensaje de poder y apropiación pronunciado en sociedad” (Segato, 2016, p. 81)

Es interesante la propuesta de Segato, debido a que si bien, muchos de los delitos de carácter sexual suceden en el ámbito público, también existen los que se dan dentro del ámbito privado, es decir, dentro del núcleo familiar y que por su naturaleza son casi invisibles. Sin embargo, representan la violencia perpetuada y desmedida ejercida contra la mujer, buscando anularla como ser humano.

María Afanador Contreras y María Caballero Badillo (2015) en su investigación titulada La Violencia Sexual Contra Las Mujeres. Un enfoque desde la Criminología, La Víctimología y el Derecho, son claras al manifestar que:

El control social que se ejerce sobre las mujeres en el núcleo familiar, trae consigo múltiples manifestaciones de violencia y victimización “invisibles” por tener lugar en el ámbito de la privacidad doméstica adicionalmente este escenario facilita relaciones desiguales de poder entre los géneros, en donde la mujer se encuentra en situación de desventaja por haber internalizado las sensaciones de debilidad y vulnerabilidad propias del constructo social de la feminidad, pues al tiempo que los valores de la masculinidad son dominantes, fortalecen las representaciones masculinas en las que subyace el recurso a la violencia para destacarse, imponerse y subyugar. Por tanto, no suele verse como algo extraño el que los varones demuestren ante sus congéneres las hazañas sexuales como una forma de reafirmar su virilidad. (p.4)

Aún en nuestros tiempos resulta evidente que existen diferentes relaciones de poder entre hombres y mujeres, en las cuales los primeros se imponen a través de la violencia física, psicológica y sexual, dominando a través del miedo. Los diferentes tipos de violencia ejercida contra las mujeres nace, muchas veces, en los círculos más cercanos y es constante fuera de ellos. La CIDH ha sido firme en manifestar que “la violencia sexual contra las

mujeres no es un problema aislado: es el resultado de una violencia estructural de género y de patrones socioculturales que discriminan a las mujeres” (p.45)

La violencia sexual ejercida en contra de las mujeres, adolescentes y niñas vulnera el derecho de libertad sexual tutelado por el Estado, que pretende garantizar la integridad sexual de todos los ecuatorianos. El artículo 66 de la Constitución del Ecuador (2008) manifiesta de manera expresa los derechos de libertad, dentro de los cuales se garantiza el derecho a una vida libre de violencia y también el derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre su sexualidad.

El Código Orgánico Integral Penal (2014) en el artículo 171 define el delito de violación sexual, en el que manifiesta que es el “acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal” en donde se evidencia claramente que el sujeto activo de la infracción es un hombre, sin embargo, el tipo penal también manifiesta de manera expresa que también es una violación en el que caso que exista la “introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo” (p.29)

La tipicidad de este delito abarca todas las formas en que se pueda vulnerar el derecho a la integridad sexual, es errado pensar que las violaciones sexuales afectan únicamente a mujeres, cuando se ha evidenciado que hombres pueden llegar a ser víctimas del cometimiento de este delito. Es así como el legislador ha adaptado la norma con la finalidad de proteger el bien jurídico tutelado.

Es así que Maggiore (1955) indica en su obra Ensayo Dogmático Sobre El Delito De Violación, que: “El delito de violación carnal, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias o amenazas” (p. 12)

De igual manera, Antonio Camaño Rosa (1967), señala que: “Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse” (p. 103)

Se destaca la definición de Fontan Balestra (2007) que considera a la violación como: “El acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta” (p. 57)

Analizada la doctrina, se desprende que existen dos conceptos fundamentales al momento de definir una violación sexual, estos son: El uso de la fuerza o violencia y el consentimiento. Al no existir consentimiento en la relación sexual se utiliza la violencia como un mecanismo de coerción sobre la víctima. Es por esta razón que es necesario destacar la importancia que merece el consentimiento dentro de la actividad sexual.

El consentimiento puede verse limitado por diferentes siendo la edad, la privación de la razón o del sentido provocado o si la víctima sufre de alguna discapacidad y la utilización de medios coercitivos. Es por eso que Pérez Hernández (2016) en su investigación Consentimiento sexual: Un análisis con perspectiva de género, manifiesta que:

El consentimiento existe siempre y cuando dos (o más) personas están de acuerdo en realizar una práctica sexual de un modo determinado en un momento cualquiera. Por el contrario, está ausente, se vulnera, cuando se fuerza una práctica sexual; la máxima expresión es la violación. (p. 741)

Es necesario destacar que el elemento principal dentro de las relaciones sexuales es el consentimiento de quienes se encuentran involucrados en el acto. Es así que la norma protege de manera especial a los niños, niñas y adolescentes, con el fin de que no se vulneren sus derechos fundamentales

Se destaca que el interés primordial del Estado es garantizar la protección de la vida digna de todos sus ciudadanos, en especial de aquellos que pertenecen a los sectores prioritarios, como son los niños, niñas y adolescentes. A través de estos derechos se pretende que cualquier tipo de abuso contra los menores, en torno a la sexualidad, sea penado. Es así que según Vasco y Guerra (2016) en su investigación titulada

Transformaciones Del Tipo Penal de Violación y de los Sujetos de la Relación Procesal en el Ecuador 2005-2015 se reconoce:

La indemnidad sexual, como una protección de la víctima, especialmente de los niños que va más allá de aquella capacidad que pueda tener una persona para escoger con libertad con quien y en qué momento puede mantener relaciones de carácter sexual, y esto se debe a que los menores llámense niños o adolescentes son protegidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, en virtud de una falta de madurez física y mental que determina como consecuencia una necesidad de protección y cuidado especiales en contra de toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o sexual. (p. 33)

Según lo manifestado en líneas anteriores, los menores de edad, en especial los niños, niñas y adolescentes, no son aptos para consentir el mantener una relación sexual debido a que no ha finalizado su desarrollo integral físico y psíquico, es por esta razón que se encuentran incluidos en el sector de atención prioritaria en la Constitución de nuestro país. La UNICEF (2015) considera que:

La edad mínima de consentimiento sexual es la edad en que uno se considera capaz de consentir la actividad sexual. El objetivo es proteger a los y las adolescentes de los abusos y de las consecuencias que pueden darse al no ser plenamente conscientes en el momento de iniciar la actividad sexual temprana sobre sus derechos y desarrollo. (p.1)

Según nuestra legislación penal, la actividad sexual que involucre a menores de edad, será tipificada como violación y la pena podría variar según la edad de la víctima, es decir, si es menor de 10 años, la pena será la máxima prevista para ese tipo penal, que corresponde a 22 años de privación de libertad. Las recomendaciones de la UNICEF han sido adoptadas por el Estado con el fin de proteger a los niños, niñas y adolescentes de cualquier situación de abuso sexual en los que se vean inmersos, tanto en el núcleo más cercano como en el público.



La violación sexual es una práctica frecuente en nuestro medio que puede ser ejercida de forma individual o colectiva y está dirigida especialmente hacia las mujeres, niñas y adolescentes. (Melendez López, 2016)

#### **4. Aborto**

El Diccionario Jurídico Elemental de Guillermo Cabanellas (1993) se define al aborto como “un mal parto, parto anticipado, nacimiento antes de tiempo. Generalmente se dice de lo que no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo” (p.6)

Hablar sobre el derecho al aborto implica siempre analizar las circunstancias en las que se ha llevado a cabo esa maternidad. Muchas veces las mujeres, adolescentes y niñas que se encuentran en estado de gestación son víctimas de violencia sexual. Es importante considerar que la penalización del aborto, inclusive en casos de violación, limita el acceso a una justicia integral de quienes no desean llevar a término un embarazo que no han planificado.

En el Ecuador el aborto se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal (2014) como un delito en los artículos 147, 148 y 149, se criminaliza a quien consiente la práctica de la interrupción del embarazo y de igual manera a quien la realiza. Sin embargo, el artículo 150 del mencionado cuerpo legal, manifiesta cuales son las dos únicas causales por las cuales un aborto no es punible en nuestro país. Estas son:

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. (p. 26)

En el numeral 1 se identifica que el legislador ha considerado la vida de la gestante como el bien jurídico a tutelarse siempre y cuando corra peligro su vida o su salud, sin embargo, la norma manifiesta que este peligro no pueda ser evitado tomando otras medidas alternativas que protejan la vida de la madre como del feto, es decir, se pretende proteger

ambas vidas, sin que esto signifique que la gestante pueda decidir no continuar con el embarazo si representa un riesgo para su vida o su salud.

Por otro lado, en el numeral 2 la norma es clara al manifestar que si el embarazo es producto de violencia sexual ejercida contra una mujer que sufra de discapacidad mental, la misma podrá acceder a un aborto no punible, sin embargo, se puede destacar que la norma deja por fuera a mujeres, adolescentes y niñas que hayan sido víctimas de violencia sexual pero que no sufran de ninguna discapacidad mental.

Según el artículo 45 de la Constitución del Ecuador (2008) “el Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (pp. 21 – 22) el derecho a la vida abarca mucho más que el hecho de nacer. Se debe proteger la vida de aquellas víctimas que se encuentran en estado de gestación a causa de una violación, se deben considerar las circunstancias por las cuales muchas mujeres, adolescentes y niñas llevan a cabo un embarazo y garantizar la vida digna de ellas también.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2019) ha manifestado:

Los órganos internacionales de derechos humanos han calificado las leyes que penalizan el aborto como discriminatorias y como un obstáculo para que las mujeres tengan acceso a atención médica. Han recomendado que los Estados eliminen todas las disposiciones punitivas hacia las mujeres que se han sometido a abortos. Estos organismos también han solicitado que los Estados permitan el aborto en ciertos casos. La jurisprudencia de los órganos creados en virtud de tratados ha indicado claramente que negar el acceso al aborto a las mujeres cuando existe una amenaza a la vida o salud de la mujer, o cuando el embarazo es el resultado de una violación o de incesto, viola los derechos a la salud, a la privacidad y, en ciertos casos, a ser libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes. (p.1)

El derecho al aborto en casos de violación es un asunto de salud pública y de derechos fundamentales de las mujeres. La discriminación sigue presente, aun en estos tiempos, debido a que lo que está normado se aleja de la realidad que viven las víctimas de violación por el hecho de ser mujeres. Si bien es cierto el Ecuador ha adoptado las recomendaciones

de organismos internacionales, no es suficiente para garantizar la vida digna de aquellas víctimas.

Es inevitable tomar en consideración la situación de muchas víctimas de violencia sexual que no desean llevar a término un embarazo producto de violación, ya que tendrán que recurrir a abortos clandestinos, poniendo en riesgo su vida y su salud, además de la posibilidad de llegar a ser criminalizadas. García Pascual (2007) manifiesta en su obra Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto que:

(...) limitar este derecho podría llevar a una negación del carácter de sujetos autónomos al género femenino, al interferir en la capacidad de elección de la significativa decisión sobre la maternidad. Produciéndose así un significativo estancamiento en el progreso de los derechos de las mujeres, denominados de primera generación, e identificados como derechos de autonomía o libertad, a la maternidad. (pp.181 - 209)

La criminalización de la mujer por decidir sobre su cuerpo es una evidente vulneración a los derechos de libertad que son reconocidos en la Constitución del Ecuador, obligar a una víctima de violación a llevar a término un embarazo que no ha deseado evidencia la coerción del Estado sobre las mujeres y su cuerpo, al negarle el derecho al acceso a la salud, la libertad sexual y su integridad física y psicológica.

Que el aborto en caso de violación se encuentre penalmente sancionado por el Estado demuestra que las mujeres, adolescentes y niñas víctimas de violación no pueden hacer uso de sus derechos de libertad, no pueden acceder al derecho a la salud y se entiende que por tomar decisiones sobre su cuerpo, aún después de haber sido víctimas, llegarían a ser criminalizadas, llegando a ser comparadas con su agresor. Es así que el cuerpo de la mujer se perpetúa como un objeto de consumo masculino y también estatal.

Es importante manifestar que la consecuencia de la penalización del aborto es inaceptable éticamente, un ser humano no puede ser tratado como un medio para la consecución de algún fin que le es ajeno. (Hopp, 2008) Es así que el cuerpo de mujeres, adolescentes y niñas que han sido víctimas de violencia sexual no debe ser considerado el

medio para que se gesté una vida sin importar las circunstancias en que haya sucedido el embarazo.

Obligar a una mujer, adolescente o niña a ser madre vulnera el principio kantiano que defiende que los individuos son fines, no medios que puedan ser sacrificados o usados, sin su consentimiento, para alcanzar otros fines. (Zúñiga Fajuri, 2011) la ley penal que criminaliza el aborto descuida el bien jurídico protegido que es la vida de la gestante, así como su dignidad, su salud y su libertad.

## **CAPITULO II**

### **La Víctima y sus Derechos.**

#### **5. Conceptualización de Víctima**

A lo largo de la historia de la legislación penal de nuestro país se evidencia que la víctima no era considerada con la importancia debida dentro del proceso judicial. Los procesos se concentraban en la rehabilitación de quien infringía una norma y no en los derechos de quien sufría el daño. Entender y reparar integralmente a la víctima es una deuda que el Estado mantiene con quienes han sufrido.

Según Guglielmucci (2017) en su investigación titulada El Concepto De Víctima En El Campo De Los Derechos Humanos, manifiesta que:

La categoría víctima, percibida y reconocida como una condición de estatus personal o colectiva, puede constituir un capital social, cultural, económico o político disputado en diversas situaciones sociales generalmente marcadas como violentas, donde se demanda la intervención del Estado o sus instituciones. (p.85)

Cuando nos referimos a las víctimas es necesario considerar que son aquellas personas a las que se les ha vulnerado uno o varios derechos que se encuentran reconocidos en la legislación de nuestro país. Se dice también que la expresión víctima tuvo inicialmente un significado puramente religioso, así, se entendía al ser vivo sacrificado a alguna deidad, o cumplimiento de un rito religioso. (Márquez Cárdenas, 2011)

La víctima según el Diccionario Jurídico Elemental (1993) es:

La persona que sufre violencia injusta en su persona o ataque a sus derechos. El sujeto pasivo del delito y de la persecución indebida. Quien sufre un accidente casual, de que resulta su muerte u otro daño en su persona y perjuicio en sus intereses. Quien se expone a un grave riesgo por otro. (p. 330)

También se debe tomar en cuenta el concepto de víctima de Mesas (1998) que desarrolla en su Obra titulada Víctima y Proceso Penal y dice que víctima es “toda persona que directa o indirectamente y mediata o inmediatamente sufre las consecuencias lesivas, patrimoniales, físicas o morales, del hecho delictivo” (p.19) Tener la condición de víctima implica sufrir un atentado al bien jurídico que protege el Estado, es decir, es sufrir un daño que puede ser irreversible o no y que el derecho penal debe sancionar.

En la Declaración Sobre Los Principios Fundamentales De Justicia Para Las Víctimas De Delitos y Del Abuso de Poder (1985) adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, manifiesta de manera expresa que:

Se entenderá por víctimas a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. (p.1)

Los conceptos antes recogidos nos demuestran que víctima es aquella persona que sufre un daño o una lesión a un derecho reconocido. En esta investigación es pertinente identificar que la violencia de género afecta especialmente a mujeres, niñas y adolescentes, debido a que por su naturaleza femenina son más susceptibles a sufrir algún tipo de agresión sexual a lo largo de su vida.

La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) afirma que:

Por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada. (p.2)

Son víctimas de violencia de género todas aquellas mujeres, niñas y adolescentes que sufran algún tipo de agresión física, verbal, psicológica o sexual por el hecho de serlo. Vivir estos tipos de violencia vulnera sus derechos fundamentales, debido a que se ven comprometidos los bienes jurídicos que tutela el Estado, tales como los derechos de libertad, constantes en el artículo 66 de la Constitución del Ecuador del 2008.

La Ley Orgánica Integral Para La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género contra las Mujeres (2018) manifiesta que se considera víctima a la mujer y/o demás miembros integrantes del núcleo familiar que sufran violencia o afectación ejecutada por un miembro de la familia o por cualquier otra persona. Es así que se entiende que la violencia de género es sistemática y ataca a todas las mujeres por igual.

La violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar se encuentra tipificada en el artículo 158 del Código Orgánico Integral Penal (2014) y manifiesta que:

La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o un miembro del núcleo familiar, se imponga a otra y la obligue a tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas, será sancionada con las penas previstas en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva. (p.27)

Una de las formas más crueles de violencia basada en el género, es la violencia sexual, así se pretende dominar a través de la fuerza a la víctima. Cuando se ejerce violencia sexual contra una mujer, niña o adolescente sus derechos de libertad e integridad

sexual se ven gravemente afectados. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) ha manifestado que la violencia sexual ejercida en contra de las mujeres:

(...) no es un problema aislado: es el resultado de una violencia estructural de género y de patrones socioculturales que discriminan a las mujeres. La violencia estructural de género responde a un sistema que justifica la dominación masculina sobre la base de una supuesta inferioridad biológica de las mujeres, que tiene su origen en la familia y se proyecta en todo el orden social, económico, cultural, religioso y político. De esta manera, todo el aparato estatal y la sociedad en su conjunto son incapaces de asegurar el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres. Los patrones socioculturales, a su vez, reproducen e incentivan la violencia sexual, enviando un mensaje de control y poder sobre las mujeres. (p. 11)

De igual manera es evidente que niñas y adolescentes se ven en una situación de vulnerabilidad, debido a que las agresiones sexuales se dan en su mayoría dentro del ámbito familiar. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011) se ha manifestado en este sentido y ha verificado que:

Las niñas son las principales víctimas de violencia sexual y que los agresores son generalmente del sexo masculino, con algún grado de parentesco o relación con las víctimas; ya sean padres, padrastros, hermanos, primos, novios o cónyuges. Esto lleva a la CIDH a afirmar que la violencia sexual contra niñas y mujeres es una de las manifestaciones más claras de una cultura patriarcal que fomenta el control del cuerpo y la sexualidad de las mujeres. (p.11)

### **5.1 Características de la víctima.**

Es evidente que no existe un solo lugar en el mundo en el que la violencia en contra de mujeres, niñas y adolescentes no suceda, es imposible encontrar a una sola persona de género femenino que no haya sufrido algún tipo de violencia por el hecho de serlo. La

violencia ejercida en contra de las mujeres es sistemática y puede manifestarse de diferentes formas y en diferentes ámbitos en que las víctimas se desarrollan.

Sin embargo, no podemos negar que existen ciertos factores en los que el ejercicio de la violencia se hace evidente. Según la Organización Mundial de la Salud (2018):

Las mujeres que son víctimas de la violencia informan que han tenido más intervenciones quirúrgicas, más consultas médicas y más estadías en hospitales que las mujeres sin antecedentes de maltrato y los efectos sobre su salud tal vez persistan mucho tiempo después de que acaba la violencia. Las consecuencias para la salud sexual y reproductiva de las mujeres pueden incluir el embarazo no deseado, que es resultado ya sea directo por las relaciones sexuales forzadas, o indirecto, por la incapacidad de usar métodos anticonceptivos o negociar el uso de condones. (p.4)

Existen diferentes niveles en que se ejerce la violencia y son los ámbitos en que la víctima se desarrolla habitualmente, sin embargo, es evidente que la mayor concentración de situaciones de violencia que sufren las víctimas se da dentro del ámbito familiar, en el que los agresores son familiares o personas allegadas a las familias y esta razón la que impide que se realicen denuncias cuando ocurren diferentes abusos en razón del género.

Según el Alto Comisionado de Naciones Unidas Para Los Refugiados (2003) la violencia ejercida contra las víctimas se evidencia en los siguientes niveles:

A nivel individual, el grado de conocimiento, la seguridad personal, el acceso a y el control de recursos, servicios y beneficios sociales, la historia personal y las actitudes hacia el género, pueden influir en el hecho de si una persona se convertirá en víctima/sobreviviente o en autor/perpetrador de violencia.

El segundo nivel, relaciones, representa el contexto inmediato en el cual el abuso puede ocurrir: entre individuos, aún dentro de las familias. A este nivel, las inequidades de poder existentes entre los individuos comienzan a reforzar las posiciones de subordinación/privilegio.



El nivel de comunidad representa la dinámica entre personas que están influenciadas por la socialización dentro de estructuras locales tales como escuelas, instituciones de atención a la salud, grupos de apoyo y relaciones de trabajo. La sociedad incluye las normas culturales y sociales respecto a roles de género, actitudes hacia las niñas, los niños, las mujeres y los hombres; los marcos legales y políticos que gobiernan el comportamiento. (p.19)

Las víctimas deben ser protegidas, se deben respetar sus derechos, especialmente evitar la revictimización dentro de los procesos judiciales y también fuera de ellos.

## **5.2 Derechos de las Víctimas**

A través del paso del tiempo y la evolución del derecho ha sido posible identificar que la víctima no ha sido considerada dentro del proceso penal en tal magnitud que el infractor. Es necesario destacar que en la actualidad, el rol de la víctima ha tomado protagonismo, tanto en el derecho interno público como en el Derecho Internacional, logrando dignificar así a las víctimas.

Según Fernández de Casadevante (2009) la consideración de los individuos, a quienes se les ha lesionado un bien jurídico como víctimas, es reciente porque:

La consideración como víctima se remonta al final de la Segunda Guerra Mundial y a la Sociedad Internacional surgida de la misma. En sectores concretos, porque la toma en consideración de la persona o del individuo como víctima sólo se da en los sectores del Derecho Internacional relativos a los derechos humanos, al Derecho Internacional Penal (en relación con la responsabilidad penal internacional del individuo) y al Derecho Internacional Humanitario. (p.4)

La importancia del papel de la víctima dentro del proceso penal dignifica a la víctima y evita también que se vulneren sus derechos. Según el Estatuto de Roma, que es el fundamento legal en que se basa la Corte Penal Internacional, los derechos de las víctimas ante el Derecho Penal Internacional Público deben ser protegidos en tres ámbitos

importantes: La participación de las víctimas en el procedimiento, la protección de víctimas y testigos, y la reparación. (Pérez Vizán, 2011)

Sin embargo, es necesario destacar que no es suficiente con reconocer los derechos de las víctimas, es realmente importante que se facilite el acceso y el cumplimiento de los mismos, los derechos de las víctimas deben ser ejercidos y evitar su vulneración. Así lo manifestó Sanz Hermida (2009) en su obra *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia*, en donde es enfática al manifestar que:

Es preciso establecer los cauces jurídicos adecuados, no sólo para asegurar la efectividad del derecho a la reparación o resarcimiento de las víctimas, sino también en orden al logro de dos grandes objetivos: La consideración de que el reconocimiento de los derechos de las víctimas y la activación de su papel en el proceso pueden contribuir directamente a la recuperación de la víctima, al aumento de la eficacia del proceso penal y al sentido individual y colectivo de justicia. (p. 25 – 26)

Según la legislación ecuatoriana, que ha sido fundamentada en estándares internacionales, las víctimas dentro del proceso penal deben ser protegidas y todos sus derechos ser garantizados. Es necesario decir que estas garantías, que se encuentran establecidas en el artículo 78 de la Constitución del Ecuador (2008) deben ser cumplidas por los operadores de justicia.

Este artículo guarda una estrecha relación con el artículo 77 del Código Orgánico Integral Penal (2014) en donde de manera expresa manifiesta que la reparación integral de los daños a las víctimas radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya en medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del delito y satisfaga en gran medida a las víctimas. La naturaleza de la reparación integral dependerá de: Las características del delito, bien jurídico afectado y el daño producido.

## **CAPÍTULO III.**

### **REVICTIMIZACIÓN Y MATERNIDAD FORZADA.**

#### **6. Análisis conceptual de revictimización y maternidad forzada**

##### **6.1. Revictimización**

Las víctimas de delitos sexuales, además de ser vulneradas dentro de sus círculos más cercanos, vuelven a ser victimizadas tanto por el sistema judicial penal de nuestro país como por la sociedad. Es importante proteger a la víctima, no únicamente porque un derecho se le ha sido violentado, sino porque es parte del ordenamiento jurídico del Ecuador resarcir el daño causado y garantizar la no repetición del mismo.

Para Moscoso Parra (2016) en su investigación titulada *El Derecho Constitucional A La No Re-Victimización De Las Mujeres Víctimas De Violencia Sexual*:

En el marco del constitucionalismo moderno, el reconocimiento de la dignidad humana mediante los Derechos Humanos ha producido un repensar del saber criminológico hacia la victimología, y, además, ha facilitado la progresión de la lucha de género hacia esferas sociales y culturales antes vedadas. (p.17)

Es evidente que surge una atención o un enfoque especial a la víctima dentro de los procesos penales e incluso dentro de la legislación penal de nuestro país, debido a una serie de reivindicaciones sociales, de manera especial en lo referente a la violencia de género que se plasma en delitos que atentan contra la integridad sexual de las víctimas. Cuarezma Terán (1996) dice que “en este marco de reivindicaciones sociales al interior de la lucha ideológica por la cuestión de género y la revaloración técnico-jurídica sobre la situación de la víctima en el marco de la naciente victimología” (p. 295 – 317) Evidentemente el derecho a la no revictimización surge gracias al estudio de la victimología.

Según Dupret y Unda (2013) en su investigación titulada *Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual*, se entiende por revictimización:

Una repetición de violencias contra quién ha sido previamente víctima de alguna agresión, aunque sea por omisión. Sin embargo, la palabra ha adquirido un sentido algo diferente, que sirve para referirse en especial a las vivencias de maltrato sufridas por los niños y sus familiares, en el curso de intervenciones institucionales después de la denuncia de un abuso sexual u otra violencia. (p.103)

Es decir, cuando nos referimos a la revictimización, nos enfocamos en la repetición de un ciclo de violencia, en el que la víctima ya ha sido sometida con anterioridad, si bien es cierto, ya no cometida por su agresor, pero si por diferentes órganos que se encargan de investigar la comisión de un delito y también por la sociedad. En el caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual, la revictimización es evidente porque no únicamente llegan a ser cuestionadas, sino que no pueden hacer efectivos sus derechos sobre sus propios cuerpos.

Se entiende como revictimización a la alusión al abuso de poder entre el sistema jurídico y los individuos de la sociedad. De este modo, se comprende que la victimización es una cadena social degenerativa que está vinculada a los procesos de acumulación capital y control de la hegemonía del poder, que implica la necesidad continua de legitimización del Estado frente a la sociedad. (Mantilla, 2015)

Es importante destacar que existen tres niveles en los que la revictimización se hace evidente y según Beristain (2008) son:

Se distingue tres clases de victimización: primaria, secundaria y terciaria. Por victimización primaria entendemos la que se deriva directamente del crimen. Por victimización secundaria los sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y con frecuencia a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, etcétera. Y la victimización terciaria procede, principalmente, de la conducta posterior de la misma víctima; a veces, emerge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, como

consecuencia o valor añadido de las victimizaciones primarias y secundarias precedentes.

(p. 36)

Saida Mantilla (2014) manifiesta que se genera la victimización primaria como derivación del impacto traumático de un hecho delictivo; en contraste con la victimización secundaria que se produce como: Consecuencia posterior de la relación o el encuentro entre la víctima y el sistema jurídico penal en el que se incluyen todos y cada uno de los operadores, que trabajan con el aparato jurídico y la victimización terciaria que es el señalamiento de la sociedad hacia la víctima, el olvido del estado hacia la misma, es el prolongamiento de los procesos, en el cual no se proporciona respuesta de resultados a las víctimas.

## **6.2. Maternidad Forzada**

Tratar el tema de la maternidad nos presenta dos alternativas. La primera, es la opción que tiene la mujer a convertirse en madre, si así lo ha decidido, por voluntad propia y la segunda opción, es la imposición a las víctimas de violencia sexual a llevar a término un embarazo producto de una violación. Esta es una maternidad forzada u obligada, debido a que aquellas mujeres, niñas y adolescentes no pueden acceder a un aborto legal y seguro.

Los embarazos producidos por una violación son impuestos a través de la violencia ejercida en contra de las víctimas. El Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los Derechos de la Mujer CLADEM (2016) brinda una definición del embarazo infantil forzado como aquel que se “produce cuando una niña, menor de 14 años, queda embarazada sin haberlo buscado y se le niega, dificulta, demora u obstaculiza la interrupción del embarazo” (p.250)

Un embarazo no deseado, que sucede debido a una violación sexual, es una situación que obliga a las víctimas a convertirse en madres. Es así que “un embarazo que ocurre y se mantiene sin la voluntad de la persona gestante constituye un embarazo forzado” (UNICEF , 2019, p. 6). Es necesario destacar que las víctimas de violación no consintieron mantener la relación sexual y que su embarazo producto del delito cometido,

en muchos casos, representa una revictimización debido a que su deseo es no ser madres, sin embargo, no pueden decidir sobre sus cuerpos.

Como se ha detallado en el capítulo que antecede en el Ecuador es un delito sancionado con pena privativa de libertad acceder a un aborto, aun en casos de violación. Es decir, se obliga a las víctimas a llevar a término un embarazo que es consecuencia de un delito, el Estado de esta manera provoca que mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, vivan una maternidad forzada.

La Organización de Estados Americanos en el Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (2016):

Amplió las recomendaciones y declaró que los derechos sexuales y reproductivos se basan en otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud, a estar libre de discriminación, el derecho a la vida privada, a la integridad personal y a no ser sometido a torturas, tratos crueles e inhumanos, el derecho a tomar decisiones sobre la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia y, por lo tanto, a ser libres de violencia sexual. (p. 8)

Gracias a la perspectiva de género, presente en el desarrollo de los Derechos Humanos se puede identificar a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres como fundamentales que deben ser protegidos y garantizados por todos los Estados que se encuentran formando parte de organizaciones e instituciones que se encargan de velar por el respeto de los mismos.

### **6.3. Análisis jurídico del Estado de necesidad y su vínculo con la maternidad forzada en víctimas de violación.**

A lo largo del desarrollo de la presente investigación, se han revisado diferentes argumentos doctrinarios con respecto a las causas de exclusión de antijuricidad y, de igual manera, se ha tomado en consideración lo establecido en el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal (2014) que hace referencia al estado de necesidad, como una figura jurídica que justifica la conducta típica y antijurídica de un sujeto.

Es así, que el artículo 32 del Código Orgánico Integral Penal (2014), establece 3 circunstancias o requisitos fundamentales que se deben cumplir para que la conducta típica y antijurídica de una persona sea justificada. Estos son:

**a) Que el derecho protegido esté en real y actual peligro.**

Los derechos de las víctimas de violencia sexual se encuentran en real y actual peligro toda vez que, como consecuencia del cometimiento del delito de violación, se encuentran forzadas a culminar un embarazo que no han deseado, debido a que no pueden hacer efectivos sus derechos fundamentales prescritos en la Constitución, y no cuentan con alternativas legales que les permitan tomar decisiones libres, voluntarias, responsables e informadas sobre sus cuerpos.

Se debe tomar en consideración que, los bienes jurídicos tutelados que se vulneran cuando las víctimas de violación atraviesan por un embarazo que no han deseado, y que tampoco logran acceder a la interrupción del mismo, se encuentran reconocidos en el artículo 66 la Constitución del Ecuador del 2008 y se garantizan en:

- Numeral 2: El derecho a una vida digna.
- Numeral 3: El derecho a la integridad personal, física, psíquica, moral y sexual, también hace referencia al derecho a una vida libre de violencias. Manifiesta que el Estado adoptará medidas para prevenir, erradicar, eliminar y sancionar toda forma de violencia ejercida en contra de mujeres, niños, niñas y adolescentes.
- Numeral 10: El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su vida reproductiva; también a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008)

En vista de que no cuentan con alternativas reales que les permitan interrumpir un embarazo no deseado, —consecuencia de una violación—, además de ser víctimas del cometimiento de un delito, pueden llegar a ser criminalizadas. Así son revictimizadas por un sistema que no precautela sus derechos, sino que las reduce a seres gestantes.

**b) Que el resultado del acto de protección no sea mayor que la lesión o daño que se quiso evitar.**

Realizando un análisis al presente literal de la norma, se infiere que el Estado de necesidad permite o justifica el daño producido a un bien jurídico, siempre y cuando, el mal que se evitó sea mayor al daño que se produjo. Es decir, el estado de necesidad como causal de exclusión de antijuricidad, prevé que las acciones que se tomen para precautelar un bien jurídico, sean eficaces y directas para proteger otro bien jurídico de mayor jerarquía.

Según Gómez (2003) en su obra Derecho Penal. Parte General:

La diferencia radica que en el caso del estado de necesidad justificante existe una colisión entre un bien de mayor valor y uno de menor valor, donde se sacrifica el de menor valor; mientras que en el estado de necesidad disculpante existe necesariamente una colisión de dos bienes jurídicos de igual valor, en donde el mal evitado no es mayor al mal ocasionado. (pp. 1165)

Ahora bien, analizando la maternidad forzada como una vulneración a los derechos fundamentales de víctimas de violación, es necesario manifestar que entran en colisión dos bienes jurídicos tutelados que son iguales, es decir, el derecho a la vida. La doctrina manifiesta que se debe realizar un ejercicio de ponderación, en el que el bien jurídico de mayor jerarquía esté por encima del de menor jerarquía.

Este es el problema jurídico que plantea la presente investigación, debido a que, los dos bienes jurídicos que se encuentran en colisión son iguales. Tomando en consideración que el derecho a la vida no se garantiza únicamente con el nacimiento, es decir, este derecho no puede ser reducido únicamente a la biología, se deben tener en consideración los demás aspectos jurídicos que garantizan el desarrollo pleno de este bien jurídico.

Sin embargo, es necesario manifestar que el daño que se pretende evitar, es que las víctimas de violación tengan que culminar un embarazo. Se debe proteger a las víctimas brindándoles alternativas e informándolas sobre sus derechos fundamentales.



**c) Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para defender el derecho.**

Considerando que, lo que se pretende evitar es la revictimización de las víctimas, es decir, llevar a término un embarazo que no desean, siendo esto una de las afectaciones más significativas a los derechos fundamentales de las mismas, se reconoce que actualmente no existen alternativas jurídicas que les permitan decidir si continuar o no con la gestación.

Como se ha manifestado en líneas anteriores, el análisis jurídico que se realiza gira en torno a la dignidad y libertad de la gestante. Lo que significa que, aquellas víctimas de violación deberían contar con la posibilidad de decidir sobre sus cuerpos, y no ser forzadas a maternar si ese no es su deseo. De esta manera se garantiza la protección de derechos fundamentales de las víctimas, respaldándolas a través del derecho.

Gran parte de la doctrina sostiene que la dignidad humana es un límite a la actuación de estado de necesidad y ponderación de intereses, es decir, que no se puede afectar la dignidad humana a pesar de que el bien que se quiera salvar sea la vida. (Gómez Huilca & Andrade Castillo, 2017)

Permitir que las víctimas decidan si interrumpir o no un embarazo, que ha sido consecuencia de una violación, es la alternativa adecuada para defender los derechos de las mismas. Así se evitará que los cuerpos de niñas, adolescentes y mujeres sean utilizados como un medio de gestación solamente, de esta manera se continúa invalidando los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que han sufrido un atentado contra su dignidad.

Que actualmente no existan opciones legales que les permitan interrumpir un embarazo que no han deseado, además de ser víctimas de violencia sexual, las convierte en víctimas de su propia capacidad reproductiva y evidencia que el cuerpo de mujeres, niñas y adolescentes representa un medio que garantizará la consecución de un fin.

El actuar de aquellas víctimas que desean interrumpir un embarazo consecuencia de violencia sexual, debe ser justificado debido a que se encuentran en un estado de necesidad, puesto que, sus derechos fundamentales se encuentran en real peligro, pretenden evitar un

daño mayor y no existe otro medio practicable y menos perjudicial para la protección de los mismos.

## **7. Análisis jurídico de normativa nacional sobre revictimización.**

Es importante manifestar que a quien le corresponde el derecho de acción dentro del proceso penal, es a la víctima, ejerciendo su derecho a la tutela judicial efectiva, activando de esta manera la protección estatal que le corresponde en derecho. Sin embargo, no es menos cierto que muchas víctimas prefieren callar por temor a ser señaladas tanto por el propio sistema judicial como por la sociedad, ocurriendo de esta manera la revictimización.

Es interesante destacar que según el derecho constitucional ecuatoriano, las víctimas de delitos sexuales pertenecen al grupo de atención prioritaria, por lo cual su protección se encuentra garantizada. El artículo 35 de la Constitución del Ecuador manifiesta que:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (p.18)

Es así que el derecho a la no revictimización, es un derecho constitucional de las víctimas de cualquier delito cometido en su contra. El artículo 78 de la Constitución del Ecuador (2008) manifiesta de manera expresa que:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y

satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales. (p.37)

Según la norma constitucional, se prohíbe que la lesión o vulneración del derecho de la víctima continúe o se extienda hasta el proceso penal, teniendo en cuenta las particularidades de la misma, es decir, su condición género, edad, cultura o etnia a la que pertenezca. De igual manera, en el Código Orgánico Integral Penal (2014) en la sección de los derechos de la víctima, se establece de manera expresa que “la víctima no deberá ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos” (p. 70)

En el mismo Código Orgánico Integral Penal (2014) se establece que la Fiscalía es el órgano de la Función Judicial que se encargará de dirigir el Sistema Nacional De Protección y Asistencia De Víctimas, Testigos y Otros Participantes En El Proceso, a través del cual todos los partícipes en la investigación preprocesal o en cualquier etapa del proceso, podrán acogerse a las medidas especializadas de protección y asistencia para precautelar su integridad y no revictimización.

Sin embargo, dentro de la presente investigación se ha destacado que la revictimización por parte del Estado, no únicamente se ejerce contra las víctimas a través de los órganos pertenecientes a la Función Judicial, sino también las víctimas son doblemente vulneradas, cuando no pueden ejercer su derecho constitucional de libertad y son criminalizadas al decidir interrumpir el embarazo producto de una violación.

El derecho penal se activa, ya no para proteger a la víctima de cualquier vulneración a sus derechos, sino que las persigue, revictimiza y criminaliza por decidir sobre sus cuerpos.

## **8. Análisis jurídico de normativa internacional sobre Revictimización y Control de Convencionalidad.**

A nivel del control de convencionalidad, referente a Derechos Fundamentales, es importante manifestar que no basta solamente con que las normas del derecho interno

respondan a los Tratados y Convenios internacionales de Derechos Humanos, en que los países se vean adheridos, sino que también es importante que los jueces interpreten y apliquen de manera correcta la ley.

Tomando en cuenta el párrafo anterior, se entiende que las normas sobre Derechos Humanos deben aplicarse sobre la base del principio pro persona o pro homine. Se relaciona con el artículo 1 de la Convención, es decir, la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a toda persona sujeta a la jurisdicción del Estado, y el artículo 2 de la misma, el deber de adecuar el derecho interno a las normas del Pacto, esto es, con las obligaciones de los Estados de no invocar su derecho interno para incumplir el derecho internacional; y con el principio del efecto útil, según el cual los tratados de derechos humanos están para surtir efectos; para ser cumplidos y aplicados efectivamente por los Estados (Aguirre, 2016)

Es necesario mencionar que el Ecuador ha ratificado su adherencia a la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José, el 8 de diciembre de 1977. Por esta razón, la Constitución del 2008, en el artículo 417, manifiesta que los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. Se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.

Es pertinente establecer los distintos Derechos Fundamentales que son vulnerados de las víctimas de violencia sexual en el Ecuador, al no poder decidir sobre ejercer o no la maternidad que se les ha impuesto por una violación sexual, cabe destacar que estas víctimas pueden ser niñas y adolescentes.

La Convención Americana de Derechos Humanos (1978) reconocimiento del derecho a la integridad personal en sus múltiples formas: física, psíquica y moral, así como, el derecho a la dignidad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en su artículo 5, referente al Derecho de la Integridad Personal, prohíbe de manera expresa la tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, entiendo que este artículo no se limita únicamente a ser aplicado en procesados de delitos, sino también a las víctimas. De igual manera, el artículo 8,

referente al acceso de la tutela judicial efectiva, en el que manifiesta que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Es así que resulta importante nombrar a las Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia De Las Personas En Condición De Vulnerabilidad (2008) en donde de manera expresa se establece que es la revictimización o victimización:

5.- Victimización (10) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa. (11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta. (12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria). Y se procurará garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida. (p.7)

En este cuerpo legal se establece quien es víctima hasta llegar a formular la idea de que no solo los individuos de la sociedad pueden ejercer violencia, sino que también los agentes del Estado pueden ejercer violencia, y sin que de ello queden exentos quienes se encuentran vinculados a la administración de justicia. También es importante destacar que existen leyes que pueden llegar a revictimizar a quienes han sufrido la comisión de un delito, como es el caso de los delitos que atentan la integridad sexual.

Es necesario mencionar que la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (1984) establece de manera expresa que:

Se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. (p.1)

Se entiende que someter a torturas o tratos crueles es infligir de manera intencionada un dolor o sufrimiento grave a una persona, entendiendo que este sufrimiento puede ser tanto físico como mental y que puede ser basada en cualquier tipo de discriminación, es así que obligar a una mujer que ha sido violentada sexualmente a continuar con un embarazo que no ha deseado es una forma de tortura, basada en una discriminación a causa de su condición género. Llevar a término un embarazo que no ha sido deseado y producto de una violación es una forma de torturar física y mentalmente a las víctimas de violencia sexual en nuestro país. Recalcando que las personas afectadas pueden ser niñas o adolescentes.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981) en su artículo 12 manifiesta de manera expresa que:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. (p.6)

Evitar el acceso de las víctimas de violencia sexual a servicios de salud integrales que le permitan no continuar con un embarazo no deseado, es otra forma de discriminación hacia las víctimas, vulnerando su derecho fundamental a la salud y las pone en una situación de desigualdad. El Comité de la CEDAW ha criticado sistemáticamente las leyes restrictivas en materia de aborto,<sup>38</sup> particularmente aquellas que prohíben y penalizan el aborto en toda circunstancia,<sup>39</sup> y ha confirmado que este tipo de leyes impulsa a las mujeres a buscar servicios de aborto ilegales y en condiciones de riesgo. A menudo el Comité ha considerado las leyes restrictivas sobre aborto como una violación de los derechos a la vida y a la salud. (Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2006)

De igual manera, la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Belem Do Para" (1994) manifiesta de manera expresa en su artículo 1 que "debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (p.2) Obligar a una víctima de violación llevar a término un embarazo que no ha deseado significa violencia contra la mujer.

El artículo 4 de la presente Convención (1994) manifiesta que "toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos" (p.2), reconociendo de igual manera, a los Derechos Sexuales y Reproductivos como parte de los Derechos Fundamentales las mujeres.

Es importante destacar que el artículo 7 se refiere a los deberes que tienen los estados que forman parte de la presente Convención, y manifiesta de manera expresa que:

e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces. (p.4)

La Campaña Embarazo Infantil Es Tortura del Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres es enfática al manifestar que la maternidad es forzada cuando no fue buscada ni deseada, en las niñas menores de 14 años, sucede generalmente cuando se le impone ser madre. El indicador más claro de que no desea ser madre es su deseo de interrumpir el embarazo. Cuando el embarazo fue producto de violencia sexual y se prohibió su interrupción, al momento en que la niña se convierte en madre se han cometido tres tipos de violaciones a sus derechos humanos: la primera, imponiéndole una relación sexual no deseada que violó su libertad sexual; la segunda, al obligarla a llevar a término un embarazo que no buscó y la tercera, al obligarla a ser madre contra su voluntad. (CLADEM, 2016)

## **9. Estadísticas de maternidad en casos de violación.**

Diversos estudios se han realizado para determinar el porcentaje de la maternidad en casos de violación. Es necesario estudiar la investigación realizada por la Fundación Desafío titulada Vidas Robadas (2015) en la que se establece que las niñas y adolescentes víctimas de violación, son víctimas también de un sistema jurídico que las convierte en madres aún después de haber sufrido una violación. Es evidente que no existen medidas o estrategias integrales que protejan a mujeres, adolescentes y niñas víctimas de violencia sexual.

Según datos del Servicio de Atención Integral de la Fiscalía se asegura que las niñas y adolescentes menores de 14 años son las principales víctimas de abuso sexual, casi



siempre en entornos familiares o conocidos. De cada 10 víctimas de violación, 6 corresponden a niñas, niños y adolescentes. Sin embargo, la gran mayoría de los casos no se denuncian. De hecho, solo el 10,8% de todas las mujeres víctimas de violencia sexual logran efectuar la denuncia y el 40% de niñas y adolescentes abusadas no dieron a conocer el hecho a ninguna persona; esto debido a que al 28% de las que avisaron no les creyeron, y al 16,3% les pidieron que no digan nada de lo sucedido. El resultado es que solo una tercera parte del total de niñas y adolescentes abusadas fueron atendidas o recibieron alguna respuesta. (Mendoza & Camacho, 2014)

Según una investigación realizada por la Fundación Observatorio Social del Ecuador (2018):

El abuso sexual sucede mayoritariamente en el contexto del hogar y la familia y es perpetuado por conocidos, usualmente familiares, amigos cercanos a la niña siendo una de las formas más invisibles de violencia contra las niñas y los niños. Estudios realizados por UNICEF demuestran que entre el 40 y el 60 por ciento son perpetuados contra niñas menores de 15 años independientemente de la región o pertenencia cultural. (p.75)

Podría llegar a ser contradictorio que el lugar en donde menos se encuentran seguras niñas, adolescentes y mujeres es dentro de sus propios hogares, sin embargo, resulta impactante las cifras de maternidad a causa de una violación causada por un miembro del núcleo familiar o así mismo como un allegado a la familia. Las víctimas de violencia sexual son revictimizadas y se encuentran en peligro constante debido a que los agresores son personas allegadas a ellas.

En la Investigación Niñez Excluida en el Ecuador Contemporáneo (2018) se evidencia que:

En el grupo de niñas de 12 a 17 años las estadísticas desglosadas en Egreso Hospitalario por Aborto conforme los tres tipos de aborto prevalentes son: de 3535 casos, 2887 corresponden a otros embarazos terminados en aborto, 354 en aborto espontáneo y 294 en aborto médico. (p.75)

Como se ha mencionado a lo largo de esta investigación, la violencia sexual acarrea embarazos no deseados, maternidades impuestas y muchas afectaciones en la salud de las víctimas. Según Cevallos Castells y Prieto (2011) “de la mano con el abuso sexual podemos extrapolar un escenario de embarazos no deseados específicamente 37 de cada 100 embarazos al igual que complicaciones de los mismos incluyendo abortos lo cual es ratificado por los datos del INEC 2010” (p. 37) Es decir, las madres adolescentes tienen mayor riesgo de mortalidad materna infantil y/o complicaciones durante el embarazo, parto y posparto.

A lo largo de esta investigación, se ha tenido en cuenta el caso de Norma (nombre protegido) quien a sus 13 años se convirtió en madre, dado a que desde los 12 años era víctima de las violaciones de su padre. Norma no quiso continuar con su embarazo, pero el mismo Estado que no la protegió del abuso tampoco le permitió decidir. Norma, hoy de 19 años, viajó hasta Ginebra, al Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU), junto con organizaciones de mujeres y derechos humanos de Ecuador Nicaragua y Guatemala, para demandar a los Estados por la falta de protección, justicia y reparación para las niñas. (Acosta, 2019)

## **9.1. Metodología**

La presente investigación por su naturaleza, características y complejidad es de carácter cualitativo, no experimental, sin manipulación intencional de variables

### **9.1.1 Métodos**

**Método inductivo.** - A través de este método se estudiará el problema de investigación de manera particular, para posteriormente establecer las repercusiones generales que acarrea la maternidad forzada en las víctimas de violación en el Ecuador.

**Método analítico.** - Con este método se realizará un análisis jurídico de los aspectos, consecuencias y efectos que trata el problema de investigación.

**Método descriptivo.** - Este método permitirá describir cada una de las consecuencias jurídicas generadas por la criminalización del aborto y la maternidad forzada en víctimas de violación en el Ecuador.

**Método Feminista.** - El conocimiento situado como crítica a la producción de normas condicionadas por variables como género y clase que criminalizan a la mujer por decidir sobre su cuerpo aun siendo víctima de violación.

### **9.1.2 Técnicas de Obtención de Datos.**

**Documental Bibliográfica.** - La investigación será de carácter documental-bibliográfica ya que se fundamentará a partir de fuentes bibliográficas tales como libros, leyes, documentos, sentencias, revistas, artículos científicos, etc.

**Entrevistas.** – La investigación contará con encuentros con víctimas de violencia que han tenido que atravesar una maternidad forzada y con abogados en libre ejercicio que tengan conocimiento en materia penal y constitucional.

### **9.1.3 Instrumentos de Investigación.**

- Guía de Entrevista.
- Cuestionario.

## **9.2. Resultados y discusión.**

En este capítulo se procesará la información y datos obtenidos a través de las entrevistas realizadas mediante videoconferencia a diferentes abogados en libre ejercicio, especialistas en derecho penal y derecho constitucional respectivamente de la ciudad de Quito.

## Pregunta N. 1

¿Qué postura tiene con respecto a la despenalización del aborto en casos de violación?

¿Por qué?

Tabla 1. Despenalización del aborto.

Entrevistas	Respuestas
<b>Abogado N.1</b>	Como profesional del derecho y como defensor técnico, considero que la despenalización del aborto, surte en una necesidad plausible en la actualidad, la sociedad debe pensar si seguimos considerando al derecho penal como mecanismo de punibilidad de las acciones humanas, en las cuales las víctimas se convierten en perseguidos por parte de un Estado miope a la realidad, la misma que vivimos en la década de los 80 en la cual se penalizaba la homosexualidad, abrir los ojos a una realidad es indispensable para un derecho penal de carácter subsidiario y de ultima ratio.
<b>Abogado N.2</b>	Estoy a favor de la despenalización del aborto, únicamente en casos de violación. Se debe tratar de medir a través de la ponderación de derechos que se afecta con este tipo de decisiones. No se puede anular completamente los derechos de unos por los de otros, si se sigue penalizando el derecho por violación, se convierte a la mujer en una incubadora de producción y fabricación de hijos.

**Fuente:** Entrevista realizadas mediante videoconferencia a 2 abogados en libre ejercicio, especialistas en derecho penal y derecho constitucional de la ciudad de Quito.

**Autora:** Doménica Cecilia Chávez Sánchez.

### Interpretación de los Resultados:

Del total de los resultados se interpreta que ambos profesionales del derecho especialistas en derecho penal y derecho constitucional respectivamente, consideran que es necesaria la despenalización del aborto en casos de violación, para precautelar los derechos de quienes son víctimas del cometimiento de este delito.

## **Discusión de los Resultados.**

Ambos profesionales del derecho mantienen un criterio que, si bien es concordante entre sí, se puede apreciar desde la óptica del derecho penal como el profesional del derecho manifiesta que el derecho penal no debería servir como un mecanismo únicamente de punición, para perseguir a las víctimas y criminalizarlas, tal como pasaba en la década de los ochenta. Por otro lado, se considera que se debe medir la posibilidad de la despenalización del aborto por violación, a través de la ponderación de derechos, teniendo en cuenta que la ponderación no anula totalmente los derechos de los unos por sobre los de otros.

### **Pregunta N. 2**

**¿Cuál es el bien jurídico protegido que se pretende tutelar con la penalización del aborto?**

**Tabla 2. Bien jurídico protegido a través del derecho penal.**

<b>Entrevistas</b>	<b>Respuestas</b>
<b>Abogado N.1</b>	Es sin lugar a duda el derecho a la vida de la persona que está por nacer.
<b>Abogado N.2</b>	Evidentemente es la vida del feto que está gestándose en la madre.

**Fuente:** Entrevista realizadas mediante videoconferencia a 2 abogados en libre ejercicio, especialistas en derecho penal y derecho constitucional de la ciudad de Quito.

**Autora:** Doménica Cecilia Chávez Sánchez.

### **Interpretación de los Resultados:**

Del total de los resultados se interpreta que ambos profesionales del derecho especialistas en derecho penal y derecho constitucional respectivamente, consideran que el bien jurídico que se tutela con la penalización del aborto es la vida del que está por nacer.

## Discusión de los Resultados.

Ambos profesionales del derecho mantienen un criterio que es concordante, al manifestar que el bien jurídico que se está tutelando con la penalización del aborto, aun en casos de violación, es la vida de quien está por nacer, que guarda relación con el artículo 45 de la Constitución del Ecuador (2008) en el que se garantiza y protege el derecho a la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

### Pregunta N. 3

**¿Usted considera que el derecho a la vida es un derecho independiente o es conexo a los demás que se encuentran garantizados en la constitución?**

Tabla 3. Derecho a la vida.

Entrevistas	Respuestas
<b>Abogado N.1</b>	El derecho a la vida es un derecho absoluto de todo individuo, más sin embargo es conexo con los demás derechos establecidos en la Constitución del Ecuador, debemos considerar que a partir del derecho a la vida surgen los demás derechos, por lo que el derecho a la vida es la génesis de la existencia humana y por ende de reconocimiento primigenio de la norma constitucional.
<b>Abogado N.2</b>	El derecho fundamental a la vida, es independiente y autónomo, no depende de otros derechos. Sin embargo, guarda relación con otros derechos, pero no significa que es conexo, para el ejercicio del derecho a la vida es necesario la práctica de otros derechos, como por ejemplo del derecho a la salud.

**Fuente:** Entrevista realizadas mediante videoconferencia a 2 abogados en libre ejercicio, especialistas en derecho penal y derecho constitucional de la ciudad de Quito.

**Autora:** Doménica Cecilia Chávez Sánchez.

### **Interpretación de los Resultados:**

Del total de los resultados se interpreta que existen dos maneras de interpretar el derecho fundamental a la vida. Por un lado se manifiesta que el derecho fundamental a la vida es un derecho absoluto perteneciente a todo individuo y que es conexo con los demás derechos establecidos en la Constitución del Ecuador, se considera que a partir del derecho a la vida se surge la efectividad de los demás derechos. Por otro lado, se considera que el derecho fundamental a la vida es independiente y autónomo, no depende de otros derechos, sin embargo, guarda relación con otros derechos, sin que esto signifique que sea conexo, para el ejercicio del derecho a la vida es necesario la práctica de otros derechos fundamentales.

### **Discusión de los Resultados.**

El derecho a la vida es un derecho fundamental, que se encuentra reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica (1969) manifiesta de manera expresa que: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (p.4) El derecho a la vida es fundamental, que no puede reducirse a la mera biología, es decir el derecho a la vida se hace realmente efectivo incluso después de nacer porque no se puede garantizar un efectivo ejercicio del derecho a la vida, si los demás serán imposibles de garantizar, tales como el derecho a la salud o a la educación.

María Luisa Piqué (2017) manifiesta que:

(...) aquellos Estados que optaran por proteger la vida a partir de la concepción con muy pocas o sin excepciones, o que interpretaran esas excepciones restrictivamente, deben tener en cuenta que ellos puede entrar en conflicto con los derechos dela mujer, sobre todo los derechos sexuales y reproductivos. (p.43)

De igual forma, se puede destacar que la Convención Americana de Derechos Humanos, deja a criterio del ordenamiento jurídico proteger la vida desde la concepción, sin embargo también se deben tener en cuenta los derechos de las mujeres gestantes. El derecho a la vida debe ser protegido para que su pleno desarrollo y ejercicio sea garantizado para todos y todas.

#### Pregunta N. 4

**¿Usted considera que llevar a término un embarazo no deseado, producto de una violación sexual, representa una vulneración del derecho a la integridad personal y derechos de libertad personal de las víctimas?**

Tabla 4. Derechos fundamentales de las víctimas.

Entrevistas	Respuestas
<b>Abogado N.1</b>	No solo que constriñe el derecho a la integridad personal, psíquica y sexual así como derechos de libertad individual, si no que el derecho positivo obliga a la víctima continuar con su lección del bien jurídico, pues es este quien asume las consecuencias de una acción reprochable.
<b>Abogado N.2</b>	El artículo 66 de la Constitución del Ecuador garantiza el derecho a la integridad personal, física, moral y sexual y a una vida libre de violencias en el ámbito personal o privado. En el caso de violaciones sexuales, la ley debe ser flexible o debería existir una excepción a la regla general, desde esta perspectiva si se vulneran los derechos a la integridad personal, incluso moral y derechos de libertad personal de las víctimas.

**Fuente:** Entrevista realizadas mediante videoconferencia a 2 abogados en libre ejercicio, especialistas en derecho penal y derecho constitucional de la ciudad de Quito.

**Autora:** Doménica Cecilia Chávez Sánchez.

#### **Interpretación de los Resultados:**

Del total de los resultados se interpreta que ambos profesionales del derecho especialistas en derecho penal y derecho constitucional respectivamente, consideran que la penalización del aborto incluso en casos de violencia sexual representa una vulneración a derechos fundamentales de las víctimas, los cuales se encuentran en el artículo 66 de la Constitución del Ecuador del 2008.



## Discusión de los Resultados.

Ambos profesionales del derecho mantienen un criterio que es concordante, al manifestar que las víctimas de violación, cuando se ven coaccionadas a continuar con un embarazo que no han deseado, representa una vulneración a sus derechos fundamentales prescritos de manera expresa en el artículo 66 de la Constitución (2008) numeral 3, literales a), b), c), de igual manera los numerales 9 y 10.

### Pregunta N. 5

**El aborto se encuentra tipificado como un delito en el artículo 149 del COIP, sin embargo, existen víctimas de violencia sexual, acuden a clínicas clandestinas para interrumpir un embarazo producto de ese delito. ¿Cómo el Estado tutela los derechos fundamentales de estas mujeres?**

Tabla 5. Derechos de las víctimas.

Entrevistas	Respuestas
<b>Abogado N.1</b>	El Estado no tutela los derechos fundamentales en este tipo de acciones, no dota de una protección integral: psíquica, sexual o emocional. No existe acompañamiento, el Estado se conforma con una sentencia condenatoria del agresor de la acción, pero la víctima no recibe una atención integral.
<b>Abogado N.2</b>	No está garantizando ningún derecho. El aborto está legislado en formas generales, no permite una excepción dentro del caso de mujeres violentadas sexualmente que no sufran ninguna enfermedad mental. La persona fue violentada sexual y desde ahí se vulnera el derecho a la integridad personal, se le impone una consecuencia jurídica muy alta al sancionar el aborto. No hay una tutela real y efectiva de los derechos de estas mujeres, sino todo lo contrario.

**Fuente:** Entrevista realizadas mediante videoconferencia a 2 abogados en libre ejercicio, especialistas en derecho penal y derecho constitucional de la ciudad de Quito.

**Autora:** Doménica Cecilia Chávez Sánchez.

## **Interpretación de los Resultados:**

Del total de los resultados se interpreta que ambos profesionales del derecho especialistas en derecho penal y derecho constitucional respectivamente, consideran que por parte estatal no existe una protección a los derechos fundamentales de víctimas de violación.

### **Discusión de los Resultados.**

Ambos profesionales del derecho mantienen un criterio que es concordante, al manifestar que las víctimas de violación, no tienen opciones cuando respecta a interrumpir el embarazo que no han deseado, no se garantizan sus derechos fundamentales cuando al ser víctimas en un inicio terminan siendo criminalizadas. Si bien es cierto, el Estado previene la práctica de abortos a través de la pena privativa de libertad impuesta a este tipo penal, sin embargo, no representa una alternativa real para el problema de la existencia de estas clínicas, a las cuales mujeres de escasos recursos se ven obligadas a recurrir. Es decir, existe un desamparo para aquellas que no desean llevar a término un embarazo que no han planificado.

## **10. Análisis Jurisprudencial Internacional sobre Maternidad Forzada.**

### **NIÑA MAINUMBY VS PARAGUAY.**

#### **Resumen de los hechos**

Mainumby era una niña indígena y de escasos recursos que a los 10 años de edad resultó embarazada como consecuencia de las constantes violaciones que sufría por parte de su padrastro. El 20 de enero del 2014, la madre de la niña habría denunciado los abusos que sufría su hija ante la Fiscalía, sin embargo, en agosto de 2014 la causa habría sido desestimada, sin que se investigue los hechos y el delito quedó en la impunidad.

En enero del 2015, la madre habría llevado a Mainumby a una casa de salud, llamada Unidad Familiar de Salud de Costa Sosa Luque, debido a que presentaba dolor en el vientre, donde le habrían diagnosticado una parasitosis y le habrían recomendado un

tratamiento para esa enfermedad, sin embargo, no existía mejoría en la niña, por lo que su madre decidió llevarla al Hospital Regional de Luque, sin que exista una respuesta ante las dolencias de la niña. Posteriormente, la madre decidió llevarla a un Centro Asistencial privado, para acudir al mismo, tuvo que solicitar un préstamo. Así fue referida al Hospital Materno Infantil Santísima Trinidad, por una posible tumoración al nivel abdominal.

En febrero del 2015, no había mejoría en Mainumby, los dolores en el vientre continuaban, por lo que su madre la llevó a Urgencias del Hospital Regional de Luque, en donde le recomendaron que continúe con el tratamiento de la parasitosis. En los meses de marzo y abril del año antes referido, la situación de la niña empeoró, debido a que su vientre había crecido de manera considerable, ninguna de las Instituciones de salud del Estado de Paraguay le brindaban un diagnóstico y posterior tratamiento que mejore la salud de la niña.

En abril del 2015, el Director del Hospital Materno Infantil Santísima Trinidad le habría comunicado a la madre que Mainumby atravesaba un embarazo de alto riesgo debido a su corta edad y el desarrollo incompleto del útero. El día 28 de abril de 2015, la madre mediante solicitud administrativa, habría solicitado la interrupción voluntaria del embarazo de la niña, por tratarse de alto riesgo por su edad y las afectaciones psicológicas que podrían afectar a Mainumby, si se lleva a término el embarazo. Su solicitud no fue respondida, así que la madre presentó una medida cautelar de protección ante el Juzgado de Niñez y Adolescencia de Luque.

El 12 de mayo del 2015, una Junta Médica compuesta por diversos médicos de Paraguay, entre ellos psiquiatras y psicólogos habría recomendado que se interrumpa el embarazo de la niña debido a que corre más peligro que una mujer adulta si se lleva a término el embarazo. En el informe se destacó que la niña medía 1,39 metros, pesaba 34 kg y padecía de desnutrición y anemia.

Sin embargo, la intervención de la Junta Médica no dio paso para que se realice la interrupción voluntaria del embarazo, sino más bien Fiscalía N°7 de Asunción habría ordenado que se interne a la niña en el Hospital Materno Infantil Reina Sofía, en donde solo podría ser visitada durante dos horas una vez por semana. La madre de la niña habría sido detenida en presencia de la niña, debido a que de oficio Fiscalía habría ordenado su

detención por presunto incumplimiento de deber de cuidado y abuso sexual en niños, en calidad de cómplice.

La niña continuó con un embarazo forzado, aislada de su familia y su madre, quien continuó privada de la libertad.

### **Presentación del Caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Solicitud de Medidas Cautelares.**

El 20 de mayo de 2015 la CIDH recibió una solicitud de medidas cautelares presentada por las organizaciones: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de las Mujeres (CLADEM) y Equality Now. Solicitando que la Comisión requiera a la República del Paraguay que proteja la vida, salud e integridad personal de la niña Mainumby y de su madre, debido a que ambas han sufrido graves violaciones a sus Derechos Humanos, recalcando que la niña se encuentra en una situación de riesgo atravesando un embarazo infantil forzado.

Las Organizaciones solicitantes requirieron que el Estado adopte medidas inmediatas que garanticen que la niña Mainumby reciba toda la información relativa a los riesgos de continuar con el embarazo y la atención médica necesaria, incluyendo la posibilidad del acceso a un aborto para proteger su derecho a la vida, salud e integridad física como psíquica, no solo a corto plazo sino también a largo plazo.

Es necesario destacar el pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la presentación de medidas cautelares. El artículo 25 del Reglamento de la CIDH manifiesta que:

En situaciones de gravedad y urgencia la Comisión podrá, a iniciativa propia o a solicitud de parte, solicitar que un Estado adopte medidas cautelares. Tales medidas, ya sea que guarden o no conexidad con una petición o caso, se relacionarán con situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del Sistema Interamericano. Estas medidas podrán ser de naturaleza colectiva a fin de prevenir un daño irreparable a las

personas debido a su vínculo con una organización, grupo o comunidad de personas determinadas o determinables. (Organización de Estados Americanos [OEA], 2015)

La CIDH consideró que la información presentada demostró que la niña Mainumby se encuentra en una situación de gravedad ya que su vida, salud e integridad personal se ven en peligro, por lo que solicitó al Estado de Paraguay que:

- Proteja la vida e integridad personal de la niña, garantizando que tenga acceso a un tratamiento médico adecuado a su situación y recomendado por especialistas, que respondan a los requerimientos de la Organización Mundial de la Salud, en relación a derechos sexuales y reproductivos de niñas y adolescentes.
  - Asegurar que los derechos de la niña estén oportunamente representados y garantizados en todas las decisiones en materia de salud que afecten a la niña, incluido el derecho a ser informada y participar en las decisiones que afecten su salud en función de su edad y madurez.
  - Adoptar las medidas que sean necesarias para que la niña cuente con todos los apoyos técnicos y familiares que sean necesarios para proteger de modo integral sus derechos.
- (Comisión Interamericana de Derechos Humanos., 2015)

Es evidente que la niña Mainumby ha sido revictimizada por un sistema de salud estatal, que la ha obligado a ser madre a pesar de ser una niña de 10 años, se le ha negado la posibilidad de acceder a un aborto terapéutico debido a que su vida, salud e integridad personal se encontraban en peligro. Además, su madre ha sido víctima de un sistema en el que cuando denunció los abusos sexuales cometidos en contra de su hija, se archivó la investigación, y aun así fue privada de la libertad.

### **Decisión.**

El Gobierno de Paraguay ha fallado en su responsabilidad de proteger a una sobreviviente de abuso sexual de 10 de edad y proporcionarle tratamientos oportunos, incluyendo un aborto seguro y terapéutico. El embarazo de la niña, fue producto de los

abusos sexuales repetidos por su padrastro. Sin embargo, las leyes de aborto en Paraguay sólo permiten la interrupción del embarazo cuando la vida de una mujer o niña está en alto riesgo y las autoridades de salud, recomendaron que existía un alto riesgo para la vida de la niña, debido a su edad y su incompleta formación del útero.

La decisión de las autoridades genera violaciones graves de sus derechos a la vida, salud y la integridad personal y mental de la niña, así como su derecho a la educación, poniendo en riesgo sus oportunidades económicas y sociales. El estado ha fallado en tomar medidas para proteger la salud, así como la integridad física y mental de la niña de 10 de edad.

La Comisión solicita al Estado de Paraguay que:

- Proteja la vida e integridad personal de la niña, a fin de garantizar que tenga acceso a un tratamiento médico adecuado a su situación y recomendado por especialistas. A la luz de los lineamientos técnicos de la Organización Mundial de la Salud y otras fuentes similares.
  - Asegurar que los derechos de la niña estén oportunamente representados y garantizados en todas las decisiones en materia de salud que afecten a la niña.
  - Adoptar medidas que sean necesarias para que la niña cuente con todos los apoyos técnicos y familiares que sean necesarios para proteger de modo integral sus derechos.
- (Comisión Interamericana de Derechos Humanos., 2015)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es enfática en recalcar que las víctimas de violencia sexual deben ser protegidas, de manera especial a las niñas, ya que por su condición de género son blancos fáciles para los depredadores sexuales. Se debe evitar que a causa del cometimiento de estos delitos sufran torturas, las leyes de cada Estado deben responder a las necesidades de las víctimas.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación referente a la maternidad forzada como vulneración de derechos fundamentales de víctimas de violación, ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- Los derechos fundamentales de las víctimas de violación que son vulnerados corresponden a los artículos 66 numerales 2, 3, literales a), b) c), numerales 4, 9 y 10, en concordancia con el artículo 78 de la Constitución del Ecuador que prohíbe la revictimización de las víctimas de delitos sexuales.
- Incluir al aborto por violación como una causa de antijuricidad material y siendo una norma permisiva en una situación determinada, no garantiza que las víctimas de violación puedan interrumpir ese embarazo evitando ser revictimizadas y de igual manera hacer efectivos sus derechos fundamentales.
- La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer “Belem Do Pará” y la Convención Sobre La Eliminación De Todas Las Formas De Discriminación Contra La Mujer en sus artículos 1, 4 y 7 recomiendan a los Estados parte que se erradique todo tipo de discriminación y violencia contra la mujer, entendiendo que obligarla a llevar a término un embarazo no deseado vulnera sus derechos fundamentales e incumple con el Principio de Convencionalidad reconocido en el artículo 424 de la Constitución.

## RECOMENDACIONES

El presente trabajo de investigación referente a la maternidad forzada como vulneración de derechos fundamentales de víctimas de violación, se recomienda lo siguiente:

- Se recomienda realizar una reforma a los cuerpos normativos pertinentes que garanticen la eficacia de los derechos fundamentales de víctimas de violencia sexual y eviten su revictimización. Para lo cual, es imprescindible que se proponga un debate legislativo, en donde se expongan criterios técnicos y de lugar a la aplicación de normas que respondan de manera positiva a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Se recomienda tener en cuenta el principio de mínima intervención del derecho penal que limita el poder punitivo del Estado al realizar una revisión a los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, evitando de esta manera la vulneración de derechos fundamentales de víctimas de violencia sexual y su posterior revictimización.
- Se recomienda la difusión a través de distintos medios de comunicación las normas que protegen los derechos fundamentales de mujeres, en especial de aquellas que han sufrido violencia sexual, para que de esta forma se comparta los diferentes mecanismos legales que pueden accionar las víctimas.



## Bibliografía

- Asunto Niña Mainumby respecto de Paraguay, Resolución 22/2015. Medidas Cautelares N° 178/15 (Comisión Interamericana de Derechos Humanos 8 de junio de 2015).
- Acosta, A. (04 de junio de 2019). *Wambra Medio Digital Comunitario*. Obtenido de El camino de Norma y las niñas forzadas a parir: <https://wambra.ec/el-camino-de-norma-ninas-forzadas-a-parir/>
- Afanador Contreras, M. I., & Caballero Badillo, M. C. (2012). La violencia sexual contra las mujeres. Un enfoque desde la criminología, la victimología y el derecho. *Reflexión Política*, 4.
- Albán, E. (1992). *Manual de Derecho Penal*. Quito - Ecuador.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. París - Francia.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución*. Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Niñas, niños y adolescentes. En A. N. Ecuador, *Constitución* (págs. 21 - 22). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Supremacía de la Constitución. En A. N. Ecuador, *Constitución del Ecuador* (pág. 127). Quito - Ecuador .
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Actualización Doctrinaria de la Legislación Penal*. Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Antijuricidad. En A. N. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (pág. 11). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Balance entre garantías y eficiencia de la justicia penal. En *Código Orgánico Integral Penal* (pág. 4). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Constitucionalización del derecho penal. En *Código Orgánico Integral Penal* (pág. 3). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Delitos contra la inviolabilidad de la vida. En A. N. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (pág. 26). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Dimensión Histórica. En A. N. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal* (pág. 3). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). GARANTÍAS Y PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCESO PENAL. En *Código Orgánico Integral Penal* (págs. 6 - 7). Quito - Ecuador.

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Derechos de Libertad. En A. N. Ecuador., *Constitución de la República del Ecuador*. (págs. 29 - 30). Quito - Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito - Ecuador.
- Balestra , F. (2007). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires - Argentina: Perrot.
- Blacio Pereira, L. (2013). La violencia contra la mujer, una realidad. *Revista Ensayos Penales: Sala Penal*, 8 - 11.
- Bustos Ramírez, J. (2004). Antijuricidad y Causas de Justificación. *Jornada de Derecho Penal* . , 2.
- Cabanellas de las Cuevas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires - Argentina: Heliasta.
- Camaño Rosa, A. (1967). El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial. En A. Camaño Rosa, *Delitos contra la libertad*. (pág. 103). Uruguay: Medina.
- Carbonell, M. (2013). *Garantismo Y Derecho Penal*. México DF - México: Instituto de Investigaciones JURídicas e Instituto de FORMación Profesioanl de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
- Comité de América Latina y el Caribe para la defensa de los Derechos de la Mujer. CLADEM. . (2016). *El Embarazo Infantil Es Tortura*.
- Contreras Aguirre, S. (2014). *Ferrajoli y Los Derechos Fundamentales*. Santiago De Chile - Chile: Universidad de Los Andes.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Acceso a la justicia para mujeres víctimas de violencia sexual en Mesoamérica*.
- Cuello Calón, E. (1973). *Derecho Penal*. México DF - México: Editora Nacional.
- De Cabo, A., & Pisarello, G. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales : Luigi Ferrajoli*. Madrid - España: Trotta.
- Encalada Hidalgo, P. (2014). *Teoría Constitucional Del Delito y El Código Orgánico Integral Penal*. Quito - Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Encalada Hidalgo, P. (2014). *Teoría Constitucional Del Delito Y El Código Orgánico Integral Penal*. Quito - Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Ferrajoli , L. (2006). *Sobre Derechos Fundamentales y sus garantías*. México DF - México: Instituto de Investigación Jurídica de la UNAM.

- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid - España: Trotta S.A.
- García Pascual, G. (2007). Cuestiones de vida y muerte. Los dilemas éticos del aborto. . *Derechos y Libertades*, 181 - 209.
- García Soto, M. P. (1999). *Estado de necesidad en el derecho penal*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica ConoSur.
- Gómez Huilca, G., & Andrade Castillo, X. (2017). *Estado de necesidad Justificante vs. Estado de necesidad Disculpante; y, su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana*. Quito - Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.
- Gómez Huilca, G., & Andrade Castillo, X. (2017). Interes Preponderante. En G. Gómez Huilca, & X. Andrade Castillo, *Estado de necesidad Justificante vs. Estado de necesidad Disculpante; y, su correcta aplicación en la Legislación Ecuatoriana* (pág. 37). Quito - Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.
- Gómez López, J. O. (2003). *Teoría del Delito*. Bogotá - Colombia: Ediciones Doctrina y Ley.
- Hopp, C. (2008). La Penalización del Aborto: Un tipo penal injusto. *Ensayos y Lecciones*, 119.
- Magallanes R., M., & Gómez S., E. (2006). *POBLACION PENITENCIARIA EXTRANJERA EN EL ECUADOR Y LA LEGISLACION INTERNACIONAL DE REPATRIACION DE PERSONAS SENTENCIADAS COLOMBIANAS A SU PAIS DE ORIGEN*. Quito - Ecuador: INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES.
- Maggiore, G. (1955). *Derecho Penal. Ensayo dogmático sobre el delito de violación*. Bogotá - Colombia: Temis.
- Max, E. F., Valle, D. D., & Del Carmen, E. (2004). ¿MATERNIDAD FORZADA?: EL EMBARAZO PRECOZ EN EL CONTEXTO NEOLIBERAL. *Cuadernos de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales - Universidad Nacional de Jujuy.* , 295-303.
- Mejía Rodríguez, U. P., Bolaños Cardozo, J. Y., & Mejía Rodríguez , A. (2015). *Delitos contra la libertad sexual*. Lima - Perú.
- Melendez López, L. I. (2016). Hablemos de embarazos forzados y violencia sexual. *Sociedad y Derecho*, 3.
- Monroy Rodríguez, A. A. (2013). *Principio Intervención, ¿Retórica o Realidad?* Bogotá - Colombia.

- Monroy Victoria, W. (2002). *Causales de Exclusión de la Antijuricidad*. Bogotá - Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Morales Morales, S. (2016). *LA HISTORIA DE LEGISLACIÓN PENAL: UN ACERCAMIENTO A LA EVOLUCIÓN DEL CASTIGO EN EL ECUADOR*. Ambato - Ecuador : Pontificia Universidad Católica .
- Muñoz Conde, F. (2008). *Teoría General del Delito*. Bogotá - Colombia: Tempis.
- Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. . Valencia - España: Tirant Lo Blanch.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (1 de Julio de 2015). *Naciones Unidas. Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado*. Obtenido de Los derechos a la salud sexual y reproductiva. : [https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO\\_Abortion\\_WEB\\_SP.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Women/WRGS/SexualHealth/INFO_Abortion_WEB_SP.pdf)
- Organización De Naciones Unidas. (1969). *Convención Americana de Derechos Humanos*. San José de Costa Rica.
- Organización Mundial de la Salud. (2002). *Physical, psychological and social consequences of gender-based and sexual violence*. Génova.
- Peláez Mejía, J. M. (2018). *CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN Y AUSENCIA DE LESIVIDAD COMO CRITERIOS NEGATIVOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA*. Bogotá - Colombia: UNIVERSIDAD LIBRE DE BOGOTÁ.
- Pérez Hernández, Y. (octubre-diciembre 2016). Consentimiento sexual: Un análisis con perspectiva de género. *Revista Mexicana de Sociología* 78 núm. 4, 741.
- Pérez Vizán, A. (2011). Las víctimas ante la Corte Penal Internacional. ¿El final del oxímoron víctimas-justicia internacional? *Opinión y Debate*, 23.
- Prado Saldarriaga, V. (2000). Causales de extinción de la acción penal y de la ejecución de la pena. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*, 905.
- Prieto Morera, A. (2018). *La Teoría De Los Fines De La Pena De Luigi Ferrajoli*. León - México: Universidad de León, Facultad de Derecho.
- Quintero Olivares, G. (2015). *PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL*. Navarra - España: Aranzadi.
- Real Academia Española. (2019). *Real Academia Española*. Obtenido de Diccionario de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/violar#GE8eroI>
- Roxin, C. (1989). *Introducción al Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*. Madrid - España: Red de Bibliotecas Universitarias.

- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal*. Hamburgo - Alemania: Civitas.
- Sánchez-Ostiz, P., Íñigo, E., & Ruíz de Erenchun, E. (2015). *Iuspoenale*. Navarra - España: Universidad de Navarra. Departamento de Derecho Penal.
- Sandoval Fernández, J. (2003). Causales de Ausencia de Responsabilidad Penal. *Revista de Derecho*, Universidad del Norte.
- UNICEF. (2015). *Edades mínimas legales para la realización de los derechos de los y las adolescentes*.
- Vasco Yépez, J. C., & Guerra Guerra, P. (2016). *Transformaciones del tipo penal de violación y de los sujetos de la relación procesal en el Ecuador 2005-2015*. Quito - Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Vives Antón, T. S., & Cobos del Rosal, M. (1982). *Derecho Penal*. . Valencia - España: Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Fajuri, A. (2011). Aborto y Derechos Humanos. *Revista de derecho*, 174.

**ANEXOS**



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS**  
**CARRERA DE DERECHO**  
**GUÍA DE ENTREVISTA**

**Fecha:** \_\_\_\_\_ **Hora:** \_\_\_\_\_

**Lugar (ciudad y sitio específico):** \_\_\_\_\_

**Entrevistador(a):** Doménica Cecilia Chávez Sánchez.

**Entrevistado (a):** \_\_\_\_\_

**Introducción:** La presente entrevista tiene por objeto recabar información para la realización del Proyecto de Investigación titulado “Análisis de la maternidad forzada como una vulneración de derechos fundamentales de las víctimas de violación en el Ecuador”, la misma que tendrá fines eminentemente académicos; se desarrollará mediante videoconferencia, debido a la emergencia sanitaria que se encuentra atravesando nuestro país, y estará dirigida a abogados en libre ejercicio de la ciudad de Quito.

**Cuestionario:**

- 1. ¿Qué postura tiene con respecto a la despenalización del aborto en casos de violación? ¿Por qué?**

---

---

---

---

- 2. ¿Cuál es el bien jurídico protegido que se pretende tutelar con la penalización del aborto?**

---

---

---

---

**3. ¿Usted considera que el derecho a la vida es un derecho independiente o es conexo a los demás que se encuentran garantizados en la constitución?**

---

---

---

---

**4. ¿Usted considera que llevar a término un embarazo no deseado, producto de una violación sexual, representa una vulneración del derecho a la integridad personal y derechos de libertad personal de las víctimas?**

---

---

---

---

**5. El aborto se encuentra tipificado como un delito en el artículo 149 del COIP, sin embargo, existen víctimas de violencia sexual, acuden a clínicas clandestinas para interrumpir un embarazo producto de ese delito. ¿Cómo el Estado tutela los derechos fundamentales de estas mujeres?**

---

---

---

---