



## **CARRERA DE DERECHO**

### **Trabajo de Investigación de Análisis de Caso.**

### **Previo a la obtención del título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República.**

#### **Tema:**

CASO N.º 34-19-IN/21. Aborto no punible en caso de violación: “Análisis de las garantías constitucionales al derecho a la vida, la dignidad y la integridad humana en casos de aborto por violación”

#### **Autores:**

OLGA MARÍA VÉLEZ ZAMBRANO

NELSON ENRIQUE SABANDO MURILLO

#### **Tutor Personalizado:**

Dr. Gyomar Pérez Cobo

**Cantón Portoviejo - Provincia de Manabí - República del Ecuador.**

**2022**

## SESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Olga María Vélez Zambrano y Nelson Enrique Sabando Murillo, de manera expresa hace la sesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: CASO N.º 34-19-IN/21. Aborto no punible en caso de violación: “Análisis de las garantías constitucionales al derecho a la vida, la dignidad y la integridad humana en casos de aborto por violación”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo por haber sido realizada bajo su patrocinio legal

Portoviejo, 20 de febrero del 2022

OLGA MARÍA VÉLEZ ZAMBRANO  
MURILLO

C.C 1311735615

AUTORA

NELSON ENRIQUE SABANDO

C.C 1313721217

AUTOR

# Contenido

<b>INTRODUCCION</b> .....	<b>3</b>
<b>CAPITULO 1</b> .....	<b>5</b>
<b>2.1 MARCO TEORICO</b> .....	<b>5</b>
ESTADO GARANTISTA .....	5
JERARQUÍA DE DERECHOS.....	6
PONDERACIÓN DE DERECHOS .....	7
DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA .....	9
DERECHO A LA INTEGRIDAD.....	9
DERECHO A LA VIDA .....	11
<b>CAPITULO II ANALISIS DEL CASO</b> .....	<b>12</b>
2.1 ANTECEDENTES DEL CASO.....	12
2.2 FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	15
2.3 ANALISIS CONSTITUCIONAL .....	18
2.4 ANALISIS DEL VOTO CONCURRENTES.....	38
2.5 ANALISIS DEL VOTO SALVADO .....	47
<b>CONCLUSIÓN</b> .....	<b>52</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>58</b>
<b>ANEXO</b> .....	<b>60</b>

## INTRODUCCIÓN

En el presente estudio de caso se desarrollará un amplio análisis del tema CASO N.º 34-19-IN/21. Aborto no punible en caso de violación.

Análisis referente a una sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, que parte cuando la Coalición nacional de mujeres del Ecuador, la Fundación desafío, y del Frente ecuatoriano por la Defensa de los derechos sexuales y derechos reproductivos, presentan una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional del Ecuador, en contra de los artículos 149 y 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

Teniendo en primer lugar que determinar los hechos fácticos, analizar lo emitido por la Corte Constitucional, las normas impugnadas, los fundamentos de la acción de inconstitucionalidad, fundamentos de las acciones y pretensiones del caso planteado, así como el análisis constitucional, efectos de la sentencia y la decisión final.

De manera que, se logre comprender más sobre el caso planteado, se explicarán temas inherentes a la sentencia como lo son el estado garantista, que es el que rige al Ecuador tal como se establece en la actual constitución y con el que trabaja todo el engranaje judicial del país, de tal manera que se explique también lo que es la jerarquía de derechos, pues en el sistema mencionado que rige al Ecuador la jerarquía de derechos juega un papel muy importante en la Corte Constitucional al momento de discernir y llegar a una decisión, pues el sistema que rige plantea que todos los derechos son de

igual jerarquía, lo que significa que para resolver conflictos de carácter constitucional se debe utilizar una herramienta específica la cual también entra en los puntos que se desarrollaran en el trabajo investigativo.

Así como la ponderación de derechos, proceso de vital importancia al momento de sopesar derechos fundamentales en conflicto y por su importancia e inherencia dentro del presente trabajo investigativo se explicará los derechos a la dignidad humana, derecho a la integridad, derecho a la vida, dentro del marco legal, doctrinal y jurisprudencial.

Siguiendo con la parte final de la sentencia con la parte del voto concurrente y el voto salvado por parte de los jueces de la Corte Constitucional que hicieron uso de esta herramienta para resaltar los aspectos relevantes de la sentencia, en consideración con sus argumentos considerados importantes para aclarar y especificar puntos de la sentencia de la cual están a favor pero se difiere de los puntos utilizados en cuanto de la argumentación que llevo a tomar la decisión final y la otra parte en cuanto a voto salvado del cual precisan cuestiones extras sobre la sentencia y argumentos que ya se dio en la sentencia a manera de ampliación en cuestiones adicionales las cuales consideran importantes recalcar, esclarecer y mostrar en la sentencia.

# CAPITULO 1

## 2.1 MARCO TEORICO

### ESTADO GARANTISTA

Es un elemento inseparable del concepto de Constitución, no siendo concebible la Constitución como norma, si no reposa en la existencia y efectividad de los controles del estado, pues en este modelo de estado es la constitución el punto más alto en la pirámide del ordenamiento jurídico. De ahí que éstos se hayan desarrollado y prosperado en la teoría y en la práctica constitucional de hoy en día. (Reyes, 1987)

El estado garantista, es a su vez el medio a través del que la jurisdicción constitucional sintetiza su primordial cometido que es la de precautelar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, en clara función de garantía jurisdiccional, tutelar los derechos fundamentales de los ecuatorianos, siendo la constitución la que crea los derechos fundamentales. (Zavala Egas, 2002)

Ferrajoli (2001) manifestaba:

Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es la de la satisfacción ex lego, en forma universal y generalizada, de los derechos a

la subsistencia y a la asistencia. (p. 24)

Lo que Luigi Ferrajoli atribuía al estado garantista era la primordial tarea de que este hiciera de la sociedad un lugar de respeto a las personas por medio de la constitución y los mecanismos que, por el rango de la misma, poseía y facilitaría a la población para que estos gozaran de su protección, en la que prevalecerían la igualdad para todos y protección ante la injusticia.

## **JERARQUÍA DE DERECHOS**

Se consideran tres puntos importantes al momento de determinar la jerarquía de los derechos, pues todo está relacionado con el valor que se le dé en la sociedad, y la primera de las tres metodologías es aquella que consiste en discernir la menor o mayor restringibilidad del derecho subjetivo, que protege el valor del derecho tratado, pues un derecho es menos restringible en medida del valor al que le brinda cobertura y representación, el segundo de sustracción hipotética que mide un mundo en el cual no existiera se negara dicha categoría de derechos, de tal manera que se discerniera sobre cual tiene más peso y por tanto es más importante, el tercero representa la posibilidad de renuncia al derecho por parte de su titular, pues de acuerdo en donde nos situemos, nuestra sociedad y moral formada no permitirían al titular el sacrificio o renuncia de dicho derecho, haciendo del derecho subjetivo dudoso en cuanto a su calificación y por ende la cobertura jurídica que protege. (Ekmekdjian, s.f.)

Es un inconveniente de la discrepancia entre derechos fundamentales, pues sugiere que se forme una jerarquía entre estos derechos, y en caso de conflicto predomine aquel que se encuentra en primer lugar, pero hoy en día no hay mucho que objetar, pues existen muchos derechos fundamentales, que conlleva que ocupen el primer puesto aquellos que predominen sobre los otros, aquellos de mayor importancia. (Bobbio, 1991)

La jerarquía de derechos parte de que los derechos fundamentales son todos los derechos subjetivos que nos corresponden a todos por el simple hecho de ser humanos, de llevar el status de persona y tener la capacidad de obrar, refiriéndose a los derechos subjetivos como expectativas de prestación o negativa de sufrir algún daño o vulneración que a su vez se encuentre sujeto a una norma jurídica positiva para poder ser titular del mismo, y en función de esto poder en situaciones jurídicas o actos en función de estas, determinar la prevalencia de un derecho por sobre otro respecto del peso que se tenga en determinada situación. (Ferrajoli, 2009)

## **PONDERACIÓN DE DERECHOS**

Alexy (2003) indicaba que:

La ponderación apunta primero a la importancia de la satisfacción del principio contrapuesto, y además en segundo orden formula un mandato, lo relevante es la importancia de las consideraciones de los principios, y de conformidad con su método la ponderación plantea una regla de cómo ha de hacerse ese análisis,



que arroje una ponderación de principios y su fórmula a la aplicación concreta del principio avante, en un juicio racional y objetivo que nace del estudio de los mecanismos tanto argumentativos como lógicos y herramientas de inferencia, que van a permitir al juzgador o interprete hacer el desarrollo de los principios que se ponderan. (p. 139)

La ponderación como ejercicio de resolver conflicto entre derechos fundamentales sea por la colisión de dos normas o principios, busca satisfacer la necesidad de la que origino el conflicto porque se vio afectado un derecho constitucional como del que se encuentra en colisión, pues si ambos tienen un mismo rango por ser parte de la constitución y encontrarse en un sistema garantista en donde se les reconoce igualdad de condiciones, la ponderación dentro de sus posibilidades jurídicas y de discernimiento, mediante los jueces de la Corte Constitucional, actuar con esta herramienta y satisfacer a las dos partes, si bien uno prevalecerá y se impondrá en algún caso concreto.

La ponderación es un modelo de razonamiento y discernimiento constitucional cuando por el grado y la importancia del caso en concreto, no resulta efectivo aplicar las reglas tradicionales de resolución como lo son las antinomias, o no sede en la toma de consideraciones los preceptos constitucionales en cualquier tipo de conflicto, siendo la ponderación el método más eficaz para justifica una decisión con poco respaldo normativo. (Sanchís, 2002)

## **DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA**

Se entiende por dignidad humana la calidad de la persona que debe tener, siendo digna en proporción de su mérito y condición, de manera justa y equitativa pues supone la idea de armonía de acuerdo al comportamiento de las personas, lo que quiere decir que aquello ya preestablecido y arraigado a nosotros por el uso y la costumbre dentro de una cultura, nos hace partícipes de la dignidad. (González, 1986)

Es entonces el pensamiento de justicia en función de la igualdad o paridad jurídica que tenga una persona, lo que conlleva a un comportamiento de reciprocidad tanto con uno mismo como con el resto, lo que conlleva a obrar para con otros sobre los lineamientos que reconozcamos como legítimos en igualdad de condiciones entre unos y otros, siendo que todo acto que se realice por una persona respecto de otra conlleva una autorización para actos análogos entre ellos en respeto de sus conductas, que conlleve a una armonía por satisfacción de sus intereses en prevalencia del respeto por el otro. (Siches, 2010)

## **DERECHO A LA INTEGRIDAD**

Cruz et al. ( 2016) concluyeron que el derecho a la integridad es:

Es el derecho fundamental de todo ser humano que, en sentido positivo, entraña el goce y la preservación de sus dimensiones físicas, psíquicas y morales y, en sentido negativo, el deber de no ser objeto de maltrato, ofensa, tortura o ser

tratado de manera cruel o inhumana en menoscabo de su dignidad e integridad.

(p. 114)

El derecho a la integridad comprende la protección intrínseca de la persona interna y externamente, refiriéndonos a estos dos puntos como el deber que se tiene para con nosotros de evitar que se nos afecte, vulnere o atente contra nuestra persona, siendo deber del estado mediante sus mecanismos de prevención y protección, la sanción en contra de las lesiones a la integridad y no dejar en indefensión a las personas.

Es por lo tanto un bien jurídico, que tiene por finalidad principal que las personas puedan desarrollarse totalmente en todos los aspectos de su vida cotidiana y de la misma manera dar las condiciones para que el ser humano pueda gozar de una vida digna, siendo respetadas sus funciones orgánicas, corporales refiriéndose a la conservación de su cuerpo respecto del equilibrio funcional y fisiológico; en el punto psíquico refiriéndose al respeto y protección de las facultades mentales como último punto de lo que comprende a la integridad encontramos el aspecto moral el cual se basa en el respeto y cuidado de sus valores personales, teniendo esta autonomía para conservarlos y desarrollarse respecto de esos valores, contemplando el respeto a su integridad, lo cual va de la mano con la dignidad humana. (Cruz et al. 2016)

El derecho a la integridad personal comprende las condiciones físicas, psíquicas y morales que armonicen la vida del ser humano permitiéndole una vida sin sufrimiento. La integridad física que comprende la plenitud corporal del individuo, lo que conlleva a tener derecho a ser protegido de tal manera que no se dañe la salud ni cause dolor físico.

En cuanto a la integridad psíquica y moral conlleva el respeto al derecho a no ser obligado, manipulado mentalmente en contra su voluntad. estas condiciones de la integridad personal vienen arraigadas al derecho a la vida en razón de ser el motivo de los derechos humanos, de la misma manera que se precisa mencionar a la vida humana no como derecho a la existencia, sino parcialmente como aquel derecho a no sufrir afectaciones en alguna de las dimensiones física, psíquica y moral. (Afanador, 2002)

## **DERECHO A LA VIDA**

El derecho a la vida se encuentra plasmado en casi todas las constituciones, pues se reconoce que es un derecho íntegramente inviolable en razón del valor que tiene, por tal motivo es un derecho fundamental de suma importancia, por lo que debe ser respetado pues representa un valor para cada otro derecho de los que este forme parte, de tal manera que funcione en su totalidad en conjunto con los otros derechos. (Olano, 2016)

El derecho a la vida presupone los progresos de la ciencia, así como los avances médicos para poder salvar a aquellas personas que se encuentren en situaciones de peligro, así como las de brindarles una ayuda extendiéndoles su vivencia con dignidad, siendo esta la manera de brindar a todas las personas el respeto y asegurarles una vida digna. (Mario et al. 2005)

**La vida es algo que asumimos desde que tenemos razón, si bien no ha sido algo**

adquirido por cuenta propia por no ser los autores de dicha creación, así como tampoco la imponemos a través de condiciones para obtenerla, la vida es algo que se nos dio, de esta manera surge la idea de que no podemos reclamar un derecho a la vida pues no depende de nosotros, pero si podemos exigir el derecho establecer las condiciones para que esta surja. De esta manera es importante hablar del derecho que tiene el ser humano una vez que fue concebido, para que de esta manera se le respete su vida, lo que conlleva a que respetándola llegue a alcanzar su fin, de tal manera se afirma que el ser humano consigue sus derechos una vez que se constituye como tal y por ende deben ser respetados desde ese momento. (Chomali, 2007)

## **CAPITULO II**

### **ANÁLISIS DEL CASO**

#### **2.1 ANTECEDENTES DEL CASO**

El 30 de julio del 2019, la Coalición nacional de mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío, y del Frente ecuatoriano por la Defensa de los derechos sexuales y derechos reproductivos, presentan una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional del Ecuador, en contra de los artículos 149 y 150 numeral 2) del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP). De igual forma, se presentaron “amici curiae”, que se entiende como amigo de la corte, y que permite que, personas que no son legitimados a la acción puedan ofrecer opiniones de la misma.

El 18 de noviembre de 2019, continuando con el proceso signado con el número 34-19-IN, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento, de la causa, “admitiéndola al trámite y dispuso que la Asamblea Nacional, la Presidencia de la República y la Procuraduría General del Estado se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas”; y la jueza constitucional, Karla Andrade Quevedo, por medio de auto emitido el 22 de abril de 2021, conoce la presente causa.

También se define que la Corte Constitucional tiene competencia, según el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, para conocer y resolver la acción pública de inconstitucional presentada y signada con el No. 34-19,

**art que dice:**

**Art. 436.-** La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley,

las siguientes atribuciones:

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

en correlación con los artículos 75 numeral 1 literal c) que dice: **Art. 75.- Competencias.- Para ejercer el control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional será competente para:**

1. Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de:

a) Enmiendas y reformas constitucionales.

b) Resoluciones legislativas aprobatorias de tratados internacionales.

c) **Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley.**

d) Actos normativos y administrativos con carácter general.

y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”) **Art. 98.- Regla general.-** La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser propuesta por cualquier persona. La Corte Constitucional conocerá sobre las

acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior.

Las normas impugnadas en cuestión, son los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal (2014), que establecen que:

“Art. 149.- La persona que haga abortar a una mujer que ha consentido en ello, será

sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La mujer que cause su aborto o permita que otro se lo cause, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.” (p. 57)

150 del Código Orgánico Integral Penal (2014), que establecen que:

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

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

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental”. (p. 57)

## 2.2 FUNDAMENTOS DE LA ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD

El sujeto activo en su acción, pretende que se declare inconstitucional la frase “que padezca de discapacidad mental”, comprendida en el artículo 150 numeral 2 del COIP. Así mismo, pretenden que “por el principio de unidad normativa”, correspondería agregarse: “excepto en caso de violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada”, después de la frase “una mujer que ha consentido en ello” del artículo 149 del mismo cuerpo legal.

Por razones de fondo de las normas impugnadas, mencionan como disposiciones constitucionales presumiblemente vulneradas a las contenidas en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, específicamente a los numerales 2, 3 literales a) y b), así como 4, 5, 6, 9 y 10 del mismo artículo. También mantienen que, concurre incompatibilidad normativa con observaciones, tratados y recomendaciones de diferentes organismos de nivel internacional en materia de Derechos Humanos, mismos que conforman el bloque de constitucionalidad en nuestro país. Mencionan como violentados específicamente:

- La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Artavia Murillo vs. Costa Rica* y *Rosendo Cantú*



y otra vs. México, especialmente del artículo 4 numeral 1 de la Convención.<sup>1</sup>

- La recomendación general No. 35 sobre violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 26 de julio de 2017, especialmente el párr. 29.<sup>2</sup>
- La última observación de las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el tercer informe periódico de Ecuador aprobada en su 58 sesión, celebrada el 30 de noviembre de 2012.<sup>3</sup>
- La última observación contenida en las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos, sobre el sexto informe periódico del Ecuador, en su sesión 3294 celebrada el 11 de julio de 2016.<sup>4</sup>
- La última observación contenida en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, aprobado en su 2251 sesión que tuvo lugar el 29 de septiembre de 2017.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Corte IDH, Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 258-259.

<sup>2</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N. 24.2, párrafo 29 al 31; Comité de DESC, Observación General N. 22, E/C.12/GC/22, 2016, párrafo 49.

<sup>3</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N. 22, párrafo 49.

<sup>4</sup> El Comité examinó el sexto informe periódico del Ecuador (CCPR/C/ECU/6) en sus sesiones 3277<sup>a</sup> y 3278<sup>a</sup> (CCPR/C/SR.3277 y 3278), celebradas los días 27 y 28 de junio de 2016. En su 3294<sup>a</sup> sesión, celebrada el 11 de julio de 2016, aprobó las presentes observaciones finales.

<sup>5</sup> El Comité examinó los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador (CRC/C/ECU/5-6) en sus sesiones 2222<sup>a</sup> y 2223<sup>a</sup> (véanse CRC/C/SR.2222 y 2223), celebradas los días 11 y 12 de septiembre de 2017, y aprobó en su 2251<sup>a</sup> sesión, que tuvo lugar el 29 de septiembre de 2017

- La última observación de las observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico del Ecuador en la sesión 1490 celebrada el 28 de noviembre de 2016.<sup>6</sup>

En la pretensión, sustentan que las normas en cuestión significan una penalización de la interrupción del embarazo en temas tan importantes que violentan el derecho a una vida digna, mismo derecho que es protegido en la Constitución de la República, mantienen que tanto el incesto como la violación significan irrupciones significativas en la vida de una mujer víctima, afectando su intimidad, integridad, ya que se ve trastornada la capacidad de decidir su vida sexual, siendo considerado como uno de los aspectos más íntimos del individuo, y que dejan secuelas que persisten en el tiempo; que constituye una discriminación en razón de género, y pudiéndose también encasillarse como una tortura, al hecho de que, una mujer que le ha sido violentado su derecho de decisión acerca de tener o no relaciones sexuales, deba además mantener el producto de la violación y vivir el rol de la maternidad impuesta por miedo a una penalización por el estado

Referente al derecho a la integridad personal, en la acción se afirma que los casos de violación y los casos de incesto tienen repercusiones sumamente profundas, sentimiento de auto rechazo, culpa y vergüenza que alteran la vida social, psíquica y moral de la persona víctima. También, manifiesta que, si bien la Constitución garantiza una vida libre de violencia, y siendo el origen del embarazo un hecho violento, entonces

---

El Comité contra la Tortura en sus observaciones finales de 2016 respecto de Ecuador, en su párr. 45

el mantener el producto de una violación significaría una amenaza a la libertad, por lo que se constituiría en una acción violenta, definiendo entonces, al Estado como el principal perseguidor en los casos de que una mujer embarazada producto de una violación decida abortar.

Por último, los accionantes alegan que el mantener el aborto por violación en mujeres que no posean discapacidad mental como un delito, vulnera el derecho al derecho constitucional a la igualdad formal y a la igualdad material, por lo que se constituye en una discriminación en contra de este grupo.

### **2.3 ANALISIS CONSTITUCIONAL**

Respecto de las argumentos y puntos de fondo que presentaron los accionantes, así como los “amici curiae” la corte constitucional procedió a evaluar, analizar y pronunciarse sobre los artículos del COIP impugnados en cuanto la inconstitucionalidad de los mismos.

#### **Consideraciones previas sobre la libertad de configuración legislativa y la Asamblea Nacional**

De esta manera, se procedió a pronunciarse sobre la libertad de configuración legislativa, por la que la Asamblea está legitimada democráticamente, lo que significa que pueda actuar en temas importantes, y de gran impacto para la sociedad por medio

del proceso legislativo, a favor del pueblo ecuatoriano, por ser una de sus atribuciones, definida en la Constitución de la República del Ecuador, donde manifiesta que la Asamblea puede: “expedir, codificar, reformar y derogar las leyes e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio” (Constitución, 2008, p. 78), tal cual lo establece el artículo 120 numeral 6. que dice:

**Art. 120.-** La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley:

6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio.

De tal manera que, el legislador, puede configurar los bienes jurídicos, conductas penalmente relevantes y las sanciones a dichas conductas, tal como lo establece el artículo 132 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece que “tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes” son atribuciones conferidas a la Asamblea, lineamientos que deberán respetar la legalidad de la constitución, conllevando el no irrespeto y la no restricción de derechos y garantías establecidas en el mismo cuerpo normativo, tal como lo instituye el artículo 11 numeral 4 de la CRE, que dice “ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (Constitución, 2008, p. 28) por lo que se establece que existe límite en la libertad legislativa de la Asamblea Nacional.

Así mismo, el legislador debe trabajar en concordancia con la constitución y los tratados internacionales, pues.

La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 84 que:

La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución (p. 63).

siendo esto otro límite a la libertad de configuración legislativa.

De esta manera, el estado como garante del pueblo, vela por la protección de los derechos, así como las condiciones que le aseguren a las personas la dignidad, por lo que el poder punitivo del estado también tiene que seguir lineamientos al momento de penalizar una conducta, facultado para utilizar sus herramientas, racionalizando su intervención de manera justa y adecuada, en ejercicio de los principios y criterios de proporcionalidad y racionalidad, para que de esa manera. el legislador actúe en respeto de los derechos establecidos en la constitución, que conlleva a la Corte Constitucional a determinar la constitucionalidad del delito de aborto por violación en niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación, mismo delito que contraviene los lineamientos de la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

**¿La sanción penal hacia mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional?**

#### **ART 76 NUMERAL 6**

“la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

El análisis de los problemas jurídicos empieza entonces de pronunciarse sobre los puntos de fondo, partiendo de resolver si la pena impuesta es proporcional para las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental, para lo que la corte consideró pronunciarse sobre si es proporcional imponer una pena por un delito como es el aborto, a un grupo considerado distinto del establecido en la segunda premisa de la norma, pero que a su vez sufre un mismo agravio y como consecuencia tiene el mismo resultado, de tal manera que se el debate es la proporcionalidad de una sanción.

La Corte Constitucional para poder resolver la problemática, empezó por identificar los bienes jurídicos protegidos que existen en el delito de violación y en el delito de aborto consentido, para determinar si lo establecido en el artículo impugnado 150 numeral 2 en concordancia con el 171 del COIP, protege o no el bien jurídico, así como determinar si la pena para el delito de aborto consentido en caso de violación es proporcional en concordancia con la constitución y la acción típica cometida.

Por otro lado, el artículo impugnado 149 del COIP que establece la pena privativa para quien haga abortar a la niña, adolescente y mujer, así como a la mujer que consienta dicho acto, la cual tiene como bien jurídico protegido la protección de la vida del nasciturus, en caso del artículo 150, establece excepciones en su numeral 2 a quien padezca de una discapacidad mental, la cual podrá abortar como consecuencia de una violación.

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

Partiendo del análisis del artículo 149 y del 171 del COIP se plantea la protección del nasciturus y la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual, respecto de los bienes jurídicos , jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes mencionados, para mencionar en primer lugar los derechos de las niñas, niños y adolescentes respecto de la protección a la vida, el cual se encuentra en el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador que establece “Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” como mención al bien jurídico protegido de protección de la vida del nasciturus.

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

**6. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.**

Otro punto relacionado es el de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que en su artículo 4 numeral 1 establece “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, 1969, p. 3); en

nuestro sistema garantista, los derechos constitucionales son de igual jerarquía, lo que significa que, no hay niveles de derechos con un peso de mayor o menor importancia, lo que hace que ninguno sea absoluto, a su vez que se establece que, son interdependientes, indivisibles, lo que representa para los derechos seguir una línea, misma que los mantiene en un orden de respeto por cada uno de los derechos plasmados en la Constitución, siendo partes de un engranaje, donde cada pieza es fundamental y la violación a uno de estos, desestabilizaría a todos los demás, estos derechos también son inalienables e irrenunciables.

Del mencionado artículo 4 numeral 1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* sobre el derecho a la vida, jurisprudencia donde se estableció que, la finalidad del derecho a la vida es que este sea protegido, pero que a su vez, no pase por encima de otros derechos, que no sea el absoluto, con la finalidad de que ante un conflicto de derechos que protege la convención, exista la posibilidad de aplicar excepciones al derecho a la vida, incluso en casos donde esto sea desde la concepción, por lo que jerarquizar el derecho a la vida por sobre todos los otros comprendería en esencia negar los otros derechos.

De tal manera que, esta jurisprudencia recalca el valor de todos los derechos constitucionales en igualdad de condiciones, ante la prevalencia del derecho a la vida como se ha mantenido siempre, lo que implica poner este derecho junto con los otros a la par, incluso cuando la Constitución de la República del Ecuador considera con un alto valor la protección de la vida desde su concepción, por lo que sopesar que se mida con



los derechos de una mujer, niña o adolescente que ha sido violada de manera parcial, sería lo ideal para que se logre un equilibrio entre los derechos de la constitución que gozan de misma jerarquía.

En un determinado caso en concreto como el de penalización del aborto por violación, se encuentra intrínseco el derecho a la integridad personal, la cual comprende los aspectos físicos, psíquicos y morales, así como se encuentra inmerso el derecho a la vida, existiendo varios derechos en juego, pero es este un caso más de violencia contra la mujer, quien a través de la historia se ha encontrado en una posición subordinada a desigualdades respecto de los hombres.

Comprende la violencia sexual, la cual se encuentra en el artículo 171 del COIP, entre los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, como lo es el delito de violación, el cual menciona las formas, modos, circunstancias de cometer el delito así como sanciones para las mismas, de la misma manera que lo menciona la Corte Interamericana de Derechos Humanos; es entonces que, la libertad sexual es el bien jurídico protegido en el caso de violación, que a su vez se relaciona con el derecho a la integridad personal, el libre desarrollo de la personalidad respecto de la sexualidad, el decidir sobre su sexualidad y vida sexual.

La integridad sexual en la Constitución de la República del Ecuador la encontramos en el artículo 66 numeral 3, entendiéndose por los aspectos mencionados como: la integridad física, a la protección de la fisiología del ser humano, así como sus funciones motrices, de manera que no irrespete a la persona en el espacio

correspondiente a su cuerpo; la integridad psíquica, entendida como el respeto y protección de las facultades mentales, y a su vez que no se altere ni maltrate a la persona en esta área con manipulaciones, hostigamientos, revictimización y demás situaciones que afecten la psiquis; la integridad moral en referencia al respeto y conservación de sus valores propios, permitiendo que las personas se desarrollen y vivan conforme a dichos valores y creencias sin que existan imposiciones coercitivas ni de ningún otro tipo ante estas; la integridad sexual, en respeto de la autonomía de decidir de la persona como del respetar los espacios íntimos de la misma, el consentimiento que esta permita o no para actos sexuales o interacción con sus partes íntimas o cuerpo en relación con intenciones sexuales.

De los puntos mencionados sobre la integridad, la Corte manifiesta que, la violación sexual en contra de niñas, adolescentes y mujeres es un acto que afecta a la integridad, pues daña los puntos mencionados en el artículo 66 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador, en su integridad, física, psíquica, moral y sexual, dejando graves y fuertes afectaciones en las víctimas, siendo esto también una tortura, como lo denomina la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su comité, manifestó que el embarazo producto de violación y su penalización en caso de interrupción del mismo, afecta y vulnera sus derechos, así como el forzarlas a mantener el producto de la violación, por ende es una forma de tortura, algo inhumano y degradante ante dicha situación.

La violencia sexual es realizada con el uso de la fuerza o la violencia, así como ambas, de tal manera que la víctima se encuentra en la imposibilidad de impedir el delito, donde su consentimiento se ve quebrantado por parte del agresor, quedando bajo su control y dominio, que como consecuencia produce graves afectaciones físicas, psíquicas y morales, que conllevan a sufrir traumas, depresión, tristeza, y demás sentimientos de afectación mental que incluso pueden llevar a atentar contra la propia vida de la persona víctima de violencia sexual, ligado a esto, en ocasiones se genera un embarazo no deseado, lo cual implica una afectación aún más grave a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres.

Como consecuencia de violencia sexual ejercida, de forzarse el mantener el embarazo se revictimiza a la víctima, pues en el caso de quedar embarazada producto de la violación, se le impone cambios, alteraciones y afectaciones en el transcurso de la gestación, así como riesgos médicos en relación con el embarazo, lo cual es más complicado en el caso de menores de edad, seguido también de continuar con un embarazo forzado producto de violación, el cual conlleva a las afectaciones mentales en la vida de la persona, finalizando con las repercusiones sociales que le toca vivir a las víctimas de violación, concluyendo la grave y visible afectación a la integridad física, psíquica, moral y sexual.

De las afectaciones mencionadas se vinculan también las que encontramos en el artículo 66 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador, ligadas a los derechos sexuales y reproductivos, autonomía y libre desarrollo de la personalidad, derechos vinculados entre sí, los cuales permiten a la persona tener independencia y

voluntad sobre su libertad y su persona, siendo las niñas, mujeres y adolescentes titulares de esos derechos, por lo que no les corresponden a terceros ejercer estos derechos, de tal manera que no deben alterarlos o afectarlos, incluyendo al Estado.

Es entonces que, la violación, el embarazo producto de la violación, y por consiguiente la maternidad no deseada, significa una falta al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva, pues se les priva de tener autonomía en su sexualidad y reproducción, lo que conlleva a no tener voluntad para decidir cuándo planificar y formar una familia, así como derecho de no hacerlo.

### **Proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación**

La Corte Constitucional respecto de la proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación, se pronunció sobre si fue correcta o no la ponderación que se realizó respecto de los derechos consagrados en la Constitución y la sanción a las mujeres que no tengan discapacidad mental que decidan abortar el producto de una violación, determinando si dicha sanción fue o no proporcional, idónea y necesaria.

La finalidad del delito y la pena que se le dio al aborto por violación era la de evitar que las mujeres realizaran la actividad, y a su vez proteger la vida del nasciturus, pues proteger al nasciturus comprende respetar y hacer valer la Constitución, lo cual es un punto válido, porque se protege a la vida desde la concepción, cumpliendo así lo determinado en la Constitución, pero no sirve dejar como absoluto el derecho a la vida

en protección del nasciturus por sobre el de la mujer víctima de violación que ha sufrido una vulneración a su derecho a la integridad, por lo que hay una justificación que siga los lineamientos constitucionales adecuados.

De tal manera que, no es idónea la sanción a dicho delito, pues no logra el fin de proteger al nasciturus, ya que la sanción impuesta no evita que las víctimas realicen la conducta que se impide, lo cual conlleva a su vez que, esta actividad se realice en de manera clandestina, siendo peligrosa y poniendo en riesgo la vida de la gestante, existiendo el impedimento de que en caso de complicaciones una mujer pueda acudir a un centro de salud, pues incurrirían en el delito y por ende podrían ser denunciadas y sancionadas con pena privativa de libertad.

Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud manifestó que, en los países que practican abortos clandestinos, lo hacen de forma insegura, lo cual es perjudicial para la mujer que recurre a los procedimientos, ya que la exponen a graves problemas de salud o incluso podrían causarles la muerte. En el Ecuador, de acuerdo a lo establecido por el Ministerio de Salud Pública, un porcentaje inferior a la mitad de muertes maternas se dan por acudir a la clandestinidad para realizarse abortos. Lo que demuestra que la sanción por el delito no cumple con el fin propuesto, y a su vez causa afectaciones a quienes recurren a esta actividad, lo que se refleja en la afectación a otros derechos constitucionales.

Sobre el punto de la protección de la vida del nasciturus, se esclareció que la criminalización e imposición de una pena privativa de libertad no hace efectiva su

protección, en relación con el artículo 45 de la Constitución, el cual no determina una criminalización a las mujeres víctimas de violación sexual, sino que para lograr la protección de la vida del nasciturus se podría optar por políticas públicas encaminadas a la plantear mejores alternativas que cumplan con la finalidad que busca el tipo penal.

De esta manera existiendo alternativas distintas y más idóneas, se estableció que el derecho penal, en la línea constitucional debía seguir los lineamientos del principio de mínima intervención penal, de tal manera que, el estado castigue solamente aquellas conductas peligrosas para los intereses de la población, siendo el castigo la mínima opción, si bien la Constitución es la que establece los bienes jurídicos y el COIP quien los protege, tiene que considerarse que no todas las conductas que afecten a un bien jurídico deben de ser consideradas antisociales.

Tal como se pronunció en una resolución la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 001-18-SIN-CC, donde resolvió que el Estado y su intervención para castigar es una de las medidas para proteger derechos constitucionales, pero a su vez no es la única, por lo cual, penalizar conductas debe ser una solución de último lugar si es necesaria, idónea, y necesaria para cumplir con el objetivo constitucional respecto de proteger derechos constitucionales.

Sobre la criminalización de los derechos sexuales y reproductivos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso I.V vs. Bolivia, estableció que cierto tipos penales merecen un mejor análisis, pues son total o parcialmente incompatibles con las obligaciones de los derechos humanos, de la misma manera la Corte

Constitucional de Colombia en jurisprudencia manifestó que, criminalizar es siempre la última opción, pues algún comportamiento humano no siempre representa la protección de los intereses de la comunidad, así como no las afecta directamente, por ello el derecho penal es de ultima ratio.

Es entonces que, se concluyó con que existen otras medidas para proteger al nasciturus, a su vez que el aborto por violación es consecuencia de un amplio problema que atañe a la mujer y la sanción para dicho delito no es idónea pues no cumple la finalidad constitucional de proteger y prevenir, así como no se plantean otras alternativas las cuales serían las mas adecuadas para este tema. Por otra parte, la penalización de esta conducta conlleva a que las víctimas caigan en la clandestinidad y pongan en peligro su vida, lo que desemboca en la afectación de varios derechos constitucionales, lo cual tampoco persigue el fin constitucional, sino que lo agrava.

En mención de la proporcionalidad, en sentido estricto, vista de manera proporcional entre el sacrificio y el beneficio, lo negativo y lo favorable, la sanción de pena privativa de libertad no logra medirse en igualdad como lo que se pierde, es decir, la protección del nasciturus conlleva a que la víctima de violación pierda, respecto de su derecho a la integridad personal, su libertad sexual, autonomía sexual y reproductiva, capacidad para decidir el desarrollo libre de su personalidad.

Sobre la diferenciación entre sancionar por ese delito a una mujer mayor de edad y las sanciones de niñas y adolescentes por tener distintas sanciones, ya que las niñas y adolescentes no han cumplido con su madurez, y se acogerán al Código Orgánico de la

Niñez y Adolescencia, mismo que establece la imputabilidad y no imposición de medidas socioeducativas previstas en la ley, así como ser juzgadas, por otra parte, las adolescentes reciben medidas socioeducativas.

Siendo esto un problema un problema en varios escenarios, pues las repercusiones que conlleva la violación sexual y consecuentemente el embarazo no deseado y forzado, complicaciones médicas que desembocan al sistema de salud pública, todos estos puntos que revictimizan a la víctima afectan a sus derechos constitucionales sin que se proteja al nasciturus de una manera favorable, que a su impone su derecho a la vida por los demás derechos constitucionales, razones por las cual la Corte Constitucional mencionó que la sanción a las niñas, adolescentes y mujeres que aborten producto de violación y que no tengan discapacidad mental no es idónea, mucho menos proporcional de tal manera que se engloba como inconstitucional.

**¿El artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente**



## **el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental?**

De esta manera, se analizó el derecho a la igualdad y no discriminación, puesto que el artículo 150 numeral 2 del COIP, menciona que solo se puede abortar en caso de violación si la víctima es una mujer con discapacidad mental, en la Constitución encontramos en el artículo 66 numeral 4 sobre la igualdad formal y material y no discriminación, y en su artículo 3 numeral 1 que establece el respeto por los derechos constitucionales y los que establecen los convenios y tratados internacionales de igual forma para todos, lo que conlleva a que todas las personas estemos en igualdad de condiciones en el respeto de nuestros derechos constitucionales sin que el de unos sobrepasen al de otros.

De esta forma los principios constitucionales de igualdad y no discriminación funcionan de manera general para los derechos establecidos en la constitución, derechos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece como “ius cogens” lo que significa que estos derechos, por el valor y relación que guardan con todos los demás, tienen un carácter obligatorio y que a su vez no pueda contradecirse y a su vez formando parte de todos los derechos.

De tal manera, la Corte manifiesta que existe discriminación cuando hay circunstancias, situaciones y casos comparables que favorezcan más a una persona que a la otra, pues esto reflejaría un resultado jurídico distinto para personas que se encuentran en posiciones diferentes, en el caso del artículo 150 numeral 2 del COIP la

situación de discriminación y desigualdad es la de ser víctima de violación, quedar embarazada y no poder recurrir a la interrupción del embarazo por no padecer de discapacidad mental, si bien pasaron por la misma situación y resultado producto de la violación, a un grupo se le restringen sus derechos y a otro no.

De tal manera que, existe un trato desigual ante una misma situación, se analizó si dicho trato diferenciado era a causa de un aspecto específico y justificado, o discriminatorio simplemente, de manera que estableciera si seguía o no el fin constitucional, anteriormente se justificaba erróneamente el trato diferenciado por la protección especial a un grupo de atención prioritario, por ser considerado un grupo vulnerable y que no podía consentir dichos actos de naturaleza sexual, pero no se tomaba en cuenta que ambas víctimas, discapacitadas o no, sufrieron el mismo hecho delictivo, por lo que se encuentran en igualdad de condiciones, entendiéndose entonces que, la condición de discapacidad mental en el aborto por violación es una premisa equivocada que no justifica el trato desigual.

Lo que plantea entonces, al resultado de la violación sexual, que es un embarazo no deseado ni consentido, ya sea a una mujer con discapacidad mental como a una que no tenga dicha condición, dejando como base la premisa de que todas las mujeres víctimas se encuentran en las mismas circunstancias, de tal manera que la discapacidad mental no constituye una justificación válida, pues al efectuarse una violación no se configura el consentimiento, por lo que la capacidad mental no influye en el delito, además que la condición de discapacidad mental en el delito de violación se encuentra

como una circunstancia agravante del delito de violación, cumpliéndose entonces la protección a las personas con discapacidad.

Consiguientemente, la discapacidad mental es uno de muchas circunstancias que pueden dejar en indefensión a una mujer ante el cometimiento de un delito, pues la diferenciación de ser parte de un grupo prioritario ante un delito de violación y por consecuente un embarazo no deseado, pues la constitución también considera en su grupo de atención prioritario a las niñas, adolescentes, mujeres privadas de libertad y mujeres que victimas de violencia, de manera que la constitución les brinda y coloca en un grupo de atención prioritaria así como a las mujeres que padecen discapacidad mental, de esta manera también se considera que mujeres que ya forman parte de ese grupo de atención prioritario pueden formar parte de más de un grupo de los mencionados en el artículo 35 de la Constitución.

De tal manera que, las mujeres en general pertenecientes a los grupos de atención prioritarias, quienes a su vez son propensas a sufrir de violación, están en igualdad de circunstancias ante dicho delito, y como consecuencia de este, cargarán con la afectación a sus derechos constitucionales por igual, así como podrían quedar embarazadas y el producto del delito sería el mismo, de esta manera se considera que pertenecer a un grupo prioritario tampoco constituye un fundamento válido con un criterio objetivo.

Lo que concluye en este punto, que el tipo penal del artículo 150 numeral 2 del COIP no cumple con la finalidad constitucional ni justifica el trato diferenciado, lo que muestra la desigualdad y discriminación de las mujeres mentalmente sanas ante el

mismo delito, a su vez que sufren de la revictimización, por lo que la Corte Constitucional modifica el artículo 150 numeral 2 del COIP, estableciendo que uno de los dos requisitos para poder acceder a la práctica de la violación, sea que el embarazo sea producto de una violación, declarándolo por todo lo expuesto inconstitucional y por consecuente deja de ser punible el aborto por violación a las mujeres en general, ya que las víctimas de violación en su totalidad necesitan la misma protección prioritaria, reforzada y sobre todo especializada, donde existan mecanismos que se encarguen de velar por lo anterior y las distintas necesidades que pueden ser consecuentes del delito de violación.

### **Penalización del aborto consentido en casos de incesto, graves malformaciones e inseminación forzada**

El último de los puntos analizados en la sentencia es si en el caso de despenalización del aborto deberían de incluir otras causales, tales como el incesto, inseminación forzada y malformaciones graves. Razón por la cual, la Corte reconoce que si bien es una conducta de violencia sexual no existe en el marco regulatorio el incesto como delito en el COIP, ya que, en este mismo cuerpo normativo cuando se reúnen los requisitos del incesto se penaliza es el delito de violación incestuosa, considerado en el artículo 171.1 del COIP; por lo que se entiende que, cuando se despenaliza el aborto por violación, también englobarían a las víctimas del delito de violación incestuosa.

Respecto a la inseminación forzada, la Corte considera que de cometerse este acto se cumple el requisito de ausencia de consentimiento, al igual que en el delito de

violación, por lo que se podría llegar a adecuar los actos al delito de violación vigente en el COIP, ya que tampoco existe la figura de inseminación forzada como delito, y la Corte no goza de libre configuración legislativa como para crear una nueva figura en el ordenamiento jurídico. Y en lo referente a las malformaciones graves de un feto, la Corte tampoco puede legislar acerca del tema, porque es un tema sumamente complejo, como lo es el aborto eugenésico, que engloba requisitos, procedimientos, circunstancias específicas y demás situaciones, es deber del órgano legislativo el crear una regulación que pueda satisfacer tal necesidad.

Y que el no incluir las condiciones anteriores en la resolución de la sentencia, no implica inconstitucionalidad, porque no está dentro de la esfera de competencias de la Corte Constitucional, pero la Corte sí admite que existe una necesidad de crear leyes por parte de la Asamblea Nacional, mismas que podrán satisfacer el derecho a una vida digna o el *sumak kawsay* que pregonan la constitución de nuestro país, para así poder velar por los derechos reconocidos constitucionalmente.

Por todos los motivos expuestos, la Corte Constitucional, por voto de mayoría, decide declarar la inconstitucional por fondo, la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP. Estableciendo que la sentencia tiene efectos generales para el futuro, por lo que ningún juzgador podrá aplicar el contenido de la frase declarada inconstitucional desde el momento de la publicación de la sentencia, exceptuando la aplicación del principio de favorabilidad en

personas que se encuentran inmersos en un proceso o que hayan sido condenados por este delito.

Que, cuando la Corte realiza la declaratoria de inconstitucionalidad, es en goce de sus facultades de control de constitucionalidad, pero que es el deber de la Asamblea Nacional crear el conjunto de normas que regule el aborto consentido en casos de violación; sin embargo, los efectos de la sentencia están vigentes desde el momento de su publicación respectiva en el Registro oficial, por lo que no se podrá incumplir la misma con la excusa de la falta de marco normativo.

Adicionando a esto, en la sentencia constitucional se establecen parámetros mínimos a seguir por el legislador en el momento de la expedición de la mencionada ley, y a aplicar por los jueces mientras no exista un conjunto de normas que regule el aborto consentido por violación, todo esto con el fin de hacer prevalecer los derechos de niñas, adolescentes y mujeres quienes hayan sido víctimas de violación.

Siendo estas que: no puede ser penalizado el aborto consentido por violación por no existir una sentencia condenatoria ejecutoriada correspondiente al delito de violación, ya que un proceso penal es de larga duración por generalidad y la maternidad tiene un plazo limitado, por lo que se deberá considerarse diversas opciones como un

examen médico, denuncia penal o una declaración juramentada; si es una menor de edad la persona que quiere acceder a un aborto y no consta con la autorización legal de su respectivo representante, las autoridades convenientes tienen la obligación de prever mecanismos que sean confidenciales y adecuados para que puedan acceder al procedimiento; que el legislador tiene el deber de establecer una fijación limitada de tiempo para realizar el aborto consentido en casos de violación; y por último que, cualquier autoridad pública que sea involucrada tiene que tener en cuenta los parámetros y estándares básicos recomendados por el Derecho Internacional.

#### **2.4 ANALISIS DEL VOTO CONCURRENTENTE**

El voto concurrente fue realizado por el juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría, aclarando en primer lugar que su voto concurrente tiene que entenderse como un voto a favor tanto de la decisión de la sentencia aprobada por la juez ponente, la jueza Karla Andrade Quevedo, como de los argumentos que la sustentan, y dividiendo su voto en tres partes

La primera parte tratándose de “el contexto y la importancia del caso”, empezando a explicar que, para realizar una correcta ponderación de los derechos, se ha realizado una recolección de datos de diversas mujeres que se han visto en la situación de interrumpir voluntariamente el embarazo. También indicando en este apartado, las diferentes opiniones que se presentaron en los amicus curiae, de esta manera demostrando que el hecho que sea penado el aborto por violación no ha significado la

ausencia de la práctica del aborto en el Ecuador, que lo que resulta de esta penalización es la realización de estos procedimientos en clandestinidad, lo que pone en grave riesgo a la víctima de la violación, donde se podría ver afectada su salud, su integridad y hasta su vida; y en el caso de ser descubiertas, se comprometería sus aspiraciones de vida al ser privadas de libertad.

Establece que, si bien uno de los grandes argumentos sostenidos en contra del aborto es que se considera al cigoto como una vida humana, convirtiendo entonces a la práctica del aborto en un asesinato; pero que, en casos como este que existe conflicto los derechos entre dos formas de vida, se tiene que ponderar, y que la vida de una persona desarrollada no es comparable en ningún nivel a la vida que puede podría a llegar a tener un embrión; que si se considera violencia al hecho de terminar la vida de un embrión, se tiene que considerar violencia cuando muere una víctima de violación por someterse a un aborto clandestino.

El hecho de despenalizar el aborto en casos de violación en mujeres que no padezcan discapacidad mental no significa la promoción ni la invitación expresa a que las mujeres aborten, sino que, significa valorar la vida y dignidad de la mujer que, producto de una violación haya quedado embarazada, y de esta manera también prevenir su muerte evitando prácticas inseguras que la pondrían en riesgo; poniendo en consideración que, el estado tiene como una de sus finalidades el garantizar la vida, y desde la perspectiva de la salud pública, se debería de elegir al medio que menos daño provoque. Siendo este medio, la despenalización del aborto en casos de violación, que



no representa ni legalizar el aborto en todas sus facetas ni mucho menos promover esta práctica.

La segunda parte se trata de las objeciones realizadas al precedente jurisprudencial, siendo la primera argumentación que la Corte Constitucional asume competencias propias de la Asamblea Nacional del Ecuador, siendo esto rebatible, ya que, la Corte sí reconoce a la Asamblea como la función legislativa como el órgano que cuenta con legitimidad democrática y como reconoce que, en la constitución se le designa la atribución de “expedir, codificar, reformar y derogar leyes”, por lo que el hecho de tipificar leyes penales es una de sus funciones, pero que también tiene límites en el ejercicio de sus competencias, siendo estos señalados en la sentencia. Pero que, la Corte Constitucional tiene competencia para, según el artículo 436 de la Constitución, “conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad”, por lo que el deber de la Corte en estos casos es, el velar que la Asamblea Nacional dentro de su accionar legislativo respete la Constitución.

Que dentro de la misma constitución se prevé la revisión de constitucionalidad de una ley, y la Corte como garante de la Constitución, puede declarar su violación mediante las acciones correspondientes, sin esto significar una ruptura en el orden jurídico del país o la arrogación de funciones no correspondidas. Es resaltado en este voto concurrente que, los derechos no se votan como en la Asamblea, que los derechos son límites en cualquier forma, y que no es posible que, a pesar de ser aprobada una ley por voto de mayoría, este en vigencia si ésta vulnera derechos. La Corte en la sentencia

no usurpa ni se arroga competencias legislativas, sino que, ejerce sus propias competencias establecidas en la Constitución.

En este caso, la Corte no legisla como tal, sino que, declara inconstitucional una frase, fundamentando debidamente su decisión, pero no regula la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, sino que dispone a la Asamblea, para que, en uso de sus funciones, presente un proyecto de ley que regularice este procedimiento teniendo en consideración los criterios y estándares definidos en la sentencia.

La segunda argumentación es que la vida del nasciturus se protege por medio de la criminalización del aborto, y la interpretación de la norma constitucional, se establece entonces que, si bien el Ecuador reconoce la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción, como lo establece el artículo 45 de la CRE, el argumento en cuestión defiende que cuando se habla de cuidado y protección se debe de hacer mediante la criminalización de la víctima de violación que decide interrumpir su embarazo, y por lo tanto la Corte reforma la Constitución evadiendo la disposición constitucional. Pero en el análisis general no es mencionado un mandato de criminalización en el artículo mencionado, y que la criminalización de un acto no es la única manera de cuidado y protección de un bien jurídico.

La sentencia en cuestión acoge la teoría de los bienes jurídicos, y se contempla a la protección de la vida del nasciturus como un valor constitucional, que está en la misma jerarquía de otros valores, como la libertad e indemnidad sexual que atañen a la

integridad personal de las víctimas de violación. Y al ser ambos principios de rango constitucional no se puede legislar en contra de un valor constitucional reconocido.

Otro de los puntos mencionados es que cuando se hace referencia al “cuidado y protección”, estableciéndose un mandato de fin, pero al no definirse un medio para cumplirlo, las funciones estatales tuvieron un extenso margen para elegirlos siempre que se cumpla el fin establecido, sin haber considerado en su momento que el medio a ser elegido debe de garantizar el cumplimiento de su fin de manera efectiva, esto significando que debe de existir satisfacción del derecho con el mínimo coste posible.

Y se menciona que, al usar el derecho penal para proteger el nasciturus en estos casos, es una utopía, ya que, en vez de proteger derechos, significa la violación de derechos de un tercero, por lo que se debería de implementar medidas no penales para proteger la vida del no nacido, tal como lo han recomendado diversas agencias de las Naciones Unidas. Entendiéndose que, cuando el poder que ejerce el derecho penal termina produciendo un perjuicio mayor al que provoca el supuesto delito, entonces no es legítimo y debe de ser evitado, por lo que sería necesario la mínima intervención penal y la creación de políticas que sí puedan cumplir con el mandato constitucional.

En la Constitución, así como se defiende la vida desde la concepción, también se protege a el derecho a la salud y a la autonomía, en el artículo 66.10 se menciona que se tiene derecho “a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener”. Esto resultando en la discrepancia entre dos derechos constitucionalmente reconocidos, siendo imperante

la necesidad de ponderar, teniendo en cuenta la interdependencia, indivisibilidad, e igual jerarquía de los derechos, reconocido en el artículo 11 de la CRE, por lo que no existen derechos absolutos, y, por lo tanto, sí cabe la ponderación de derechos, debiendo hacerse una interpretación de forma sistemática y acorde a la sociedad a ejercerse.

Al igual que la sentencia, define que el hecho de no ser consideradas a las mujeres que no tienen discapacidad mental constituye discriminación y que restringe el ejercicio de los derechos de este grupo de mujeres, y que al penalizar a mujeres que han sido víctimas de violación sexual no solo no es justo, sino que es completamente desproporcionado, ya que involucra que esta víctima se vea en una situación de inseguridad, vulneración de sus derechos por parte del estado y revictimización. Aclarando que, la función legislativa ya ha despenalizado la interrupción del embarazo cuando este es admitido en ciertas causales, y lo que hace la Corte es que, mediante sentencia, cesa la discriminación a las mujeres víctima de violación que no posean discapacidad mental, poniéndolas al mismo nivel que una víctima de violación que sí posea tal discapacidad.

Otra de las objeciones realizadas fue que la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación no regulariza la complejidad de la cuestión, que aspectos relevantes acerca de plazos máximos para abortar, el procedimiento a aplicarse en derecho, requisitos a tener que cumplirse para acceder al aborto por violación, y demás puntos que debería asumir la corte, y de no realizarlo se lo consideraría una irresponsabilidad.

Cabe decir que, el deber de sancionar y expedir leyes, por lo tanto, regular comportamientos, corresponde a la Asamblea Nacional, esto es declarado en sentencia con precisión, estableciéndole también que deberá ser sometida tal ley a los derechos constitucionales y los reconocidos por los instrumentos internacionales; de igual manera, también impone plazos relativamente cortos considerando que se trata de una ley de suma relevancia.

El juez Ávila Santamaría considera que, el hecho de diferir los efectos de la sentencia hasta que la Asamblea Nacional tenga la legislación correspondiente terminada, constituye un acto de irresponsabilidad y desconocimiento de realidad social, porque las interrupciones de embarazo producto de violación se han ocasionado a pesar de la criminalización existente del aborto, y el hecho de que tenga efecto inmediato significaría mejores condiciones para abortar cuando sea un embarazo no deseado sea producto de una violación. La necesidad de una adecuación estatal, y por lo tanto de una legislación específica, es para que no existan barreras de ningún tipo, sean culturales, burocráticas o estructurales, para el ejercicio de los derechos; el derecho a la interrupción del embarazo no deseado en casos de violación tiene que ser efectivo, incluso con la inexistencia de una legislación especial.

La última parte del voto concurrente trata del objeto de la sentencia, este siendo, la despenalización del aborto por violación, explicando que la Corte Constitucional no ha despenalizado el aborto en general, sino una de sus causales; en la sentencia no se ha analizado el aborto en todas sus causales, sino que, si la sentencia cita argumentos y datos aplicables para cualquier mujer que desee interrumpir su embarazo, en este caso

se ha ponderado acerca de la interrupción del embarazo en casos de violación; incluso cuando el aborto clandestino ocasiona graves daños a la salud mental de una mujer, sea esta violada o no. En este caso, ya se ha dado despenalizado una de las causales más desatinadas, como es la criminalización de un aborto en caso de violación, misma que en muchas naciones ya se había despenalizado hace mucho tiempo.

El último de los puntos analizados en la sentencia es si en el caso de despenalización del aborto deberían de incluir otras causales, tales como el incesto, inseminación forzada y malformaciones graves. Razón por la cual, la Corte reconoce que si bien es una conducta de violencia sexual no existe en el marco regulatorio el incesto como delito en el COIP, ya que, en este mismo cuerpo normativo cuando se reúnen los requisitos del incesto se penaliza es el delito de violación incestuosa, considerado en el artículo 171.1 del COIP; por lo que se entiende que, cuando se despenaliza el aborto por violación, también englobarían a las víctimas del delito de violación incestuosa.

Respecto a la inseminación forzada, la Corte considera que de cometerse este acto se cumple el requisito de ausencia de consentimiento, al igual que en el delito de violación, por lo que se podría llegar a adecuar los actos al delito de violación vigente en el COIP, ya que tampoco existe la figura de inseminación forzada como delito, y la Corte no goza de libre configuración legislativa como para crear una nueva figura en el ordenamiento jurídico. Y en lo referente a las malformaciones graves de un feto, la Corte tampoco puede legislar acerca del tema, porque es un tema sumamente complejo, como lo es el aborto eugenésico, que engloba requisitos, procedimientos, circunstancias

específicas y demás situaciones, es deber del órgano legislativo el crear una regulación que pueda satisfacer tal necesidad.

Y que el no incluir las condiciones anteriores en la resolución de la sentencia, no implica inconstitucionalidad, porque no está dentro de la esfera de competencias de la Corte Constitucional, pero la Corte sí admite que existe una necesidad de crear leyes por parte de la Asamblea Nacional, mismas que podrán satisfacer el derecho a una vida digna o el *sumak kawsay* que pregonan la constitución de nuestro país, para así poder velar por los derechos reconocidos constitucionalmente.

Por todos los motivos expuestos, la Corte Constitucional, por voto de mayoría, decide declarar la inconstitucional por fondo, la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP. Estableciendo que la sentencia tiene efectos generales para el futuro, por lo que ningún juzgador podrá aplicar el contenido de la frase declarada inconstitucional desde el momento de la publicación de la sentencia, exceptuando la aplicación del principio de favorabilidad en personas que se encuentran inmersos en un proceso o que hayan sido condenados por este delito.

Que, cuando la Corte realiza la declaratoria de inconstitucionalidad, es en goce de sus facultades de control de constitucionalidad, pero que es el deber de la Asamblea Nacional crear el conjunto de normas que regule el aborto consentido en casos de violación; sin embargo, los efectos de la sentencia están vigentes desde el momento de

su publicación respectiva en el Registro oficial, por lo que no se podrá incumplir la misma con la excusa de la falta de marco normativo.

Adicionando a esto, en la sentencia constitucional se establecen parámetros mínimos a seguir por el legislador en el momento de la expedición de la mencionada ley, y a aplicar por los jueces mientras no exista un conjunto de normas que regule el aborto consentido por violación, todo esto con el fin de hacer prevalecer los derechos de niñas, adolescentes y mujeres quienes hayan sido víctimas de violación.

Siendo estas que: no puede ser penalizado el aborto consentido por violación por no existir una sentencia condenatoria ejecutoriada correspondiente al delito de violación, ya que un proceso penal es de larga duración por generalidad y la maternidad tiene un plazo limitado, por lo que se deberá considerarse diversas opciones como un examen médico, denuncia penal o una declaración juramentada; si es una menor de edad la persona que quiere acceder a un aborto y no consta con la autorización legal de su respectivo representante, las autoridades convenientes tienen la obligación de prever mecanismos que sean confidenciales y adecuados para que puedan acceder al procedimiento; que el legislador tiene el deber de establecer una fijación limitada de tiempo para realizar el aborto consentido en casos de violación; y por último que, cualquier autoridad pública que sea involucrada tiene que tener en cuenta los parámetros y estándares básicos recomendados por el Derecho Internacional.

## **2.5 ANALISIS DEL VOTO SALVADO**



En la decisión de mayoría existieron dos votos salvados, mismos que fueron debidamente fundamentados por la jueza constitucional Carmen Faviola Corral Ponce y la jueza constitucional Hilda Teresa Nuques Martínez.

El primer voto salvado empieza con el argumento de la protección a la vida desde la concepción, definiéndolo como el inicio de la vida humana, conceptualiza a la inviolabilidad de la vida como la conservación y protección de la misma, y que no solo se está refiriendo a la “derecho a la vida”, sino el derecho a vivir. Por lo que, partiendo del punto de vista genético, se considera vida desde la existencia de un embrión fertilizado, y que no se puede dar menor importancia al embrión; en este mismo sentido, la bioética considera que, a la vida como un proceso indivisible y único, suponiendo entonces, al embrión como un potencial niño, por lo tanto, ser humano.

Analizando la mencionada postura del voto salvado, en la sentencia de voto de mayoría no se está degradando la importancia del feto, ni la protección que la constitución brinda desde la concepción, pero sí aclara que existen diversas formas aparte del sistema punitivo para brindar tal cuidado y protección tutelado. Y que el estado, al ser garante de derechos, debe de implementar diversas políticas que puedan cumplir con tal fin, sin necesidad de la intervención penal.

Según la jueza, la legislación sí reconoce la interrupción legal de un embarazo, siendo estas: por razones médicas, o conocido como aborto terapéutico, que es cuando el feto puede significar un riesgo para la vida de su progenitora; y por razones biológicas,

o conocido también como aborto eugenésico, siendo este cuando el feto podría nacer con discapacidades o problemas en su genética. Pero el análisis realizado por la jueza constitucional, no considera que, no solo se habla de aborto en mujeres con discapacidad mental, sino que la ley toma como premisa básica para la interrupción voluntaria del embarazo cuando éste sea producto de una violación.

Otro de los puntos a ser tomados en cuenta es que, si bien sí contempla a la violación como un delito aberrante que violenta los derechos de la mujer, y acepta que este hecho trae consigo secuelas profundas para la vida de la víctima, no considera a la despenalización del embarazo como una solución, y pone en manifiesto que, el Estado tiene que instaurar políticas públicas que sean orientadas al respeto a la mujer, que se aumenten las penas para el delito de violación, y, por último, que se impulse la adopción en niños considerados no deseados.

Los argumentos anteriores son sumamente debatibles, teniendo en cuenta que, la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo por violación no se está proponiendo como una solución al delito, sino que, está velando por la integridad y dignidad de la mujer víctima que no ha elegido ser madre, sino que producto de una violación se ve forzada a una maternidad impuesta. Se tiene que considerar también que, el hecho de promover políticas públicas a favor del respeto hacia la mujer no necesariamente significa que no serán víctimas de delitos sexuales, que el endurecimiento de las penas jamás ha reducido el cometimiento de delitos, además que, en el Ecuador las penas para el delito de violación ya son lo suficientemente altas; y por último, el sistema de acogida y adopción de niños y niñas, en la realidad social de

Latinoamérica, nunca ha funcionado del todo, y recalcar que, en la constitución no solo se protege la vida, sino la vida digna.

Toma en cuenta que, existe claridad en la constitución, y que no cabe posibilidad alguna a amplia interpretación, definiendo que, se las normas constitucionales se tienen que interpretar al sentido que más se ajuste a la Constitución, y que deberá de hacerse siempre favoreciendo la plena vigencia de derechos; pero en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional sí se reconoce como un método de interpretación a la ponderación, que en este caso específico, es lo que se está realizando, una ponderación debidamente motivada mediante sentencia de derechos que tienen igual jerarquía. Además, que no se está interpretando de manera distinta, ni mucho menos modificando la CRE, la Corte Constitucional, dentro de sus competencias, realiza un declaratoria de inconstitucionalidad del COIP, que es un código orgánico de menor jerarquía que la constitución, realizando un análisis e interpretación de la misma.

Mientras que, el segundo voto salvado se ampara en la libertad configurativa de la que goza el legislador, estableciendo que, en materia penal esta libertad se ve ejercida mediante la tipificación de delitos y sus respectivas penas, por lo que, dentro de esta facultad, el legislador es competente para regular las causas de exclusión de una conducta punible. La jueza Nuques considera que, el legislador ya reconoce dos causas de exclusión de la antijuridicidad de la conducta en el delito del aborto, es decir, el aborto no sería penado de realizarse bajo estas dos condiciones.

Sin tener en cuenta que, si bien la Asamblea Nacional es el órgano legislador competente, no significa que esta libertad configurativa mencionada no tenga límites dentro sus atribuciones; además que, la Corte Constitucional es conocido en la práctica como legislador negativo, esto es, que si bien no goza de competencia para la creación y promulgación de una ley como lo hace la Asamblea, sí tiene la capacidad de derogarla por contravenir la Constitución, así que, sí cabría una declaratoria de inconstitucionalidad de una frase concreta del COIP.

Y, por último, menciona que, toma como una irresponsabilidad el hecho de que, al declararse la sentencia con efecto inmediato, deja sin marco regulatorio por más de 8 meses el aborto en casos de violación, es decir, que se podría acceder a este tipo de aborto sin un texto procedimental que pueda reglar los plazos y condiciones, y que en este período de ausencia de norma específica se podrían cometer vulneraciones de derechos para un no nacido que sí cuente con viabilidad fetal.

Al respecto, se debe de tener en cuenta que, en terminología médica se considera un aborto a la interrupción de un embarazo hasta las 12 semanas de gestación, además que, al realizarse una interrupción de un embarazo con más semanas que las indicadas anteriormente puede significar el compromiso de la integridad de la mujer embarazada, y que la Corte no es competente para establecer plazos ni procedimientos para regularizar este tipo de acciones, por lo que se debe de legislar según lo comprendido en norma constitucional y por medio de la Asamblea Nacional.

## CONCLUSIÓN

El principal objetivo del estudio de caso era analizar si en un sistema garantista con derechos de igual jerarquía, como es el vigente en la república del Ecuador, se debería ponderar los derechos de la mujer víctima de la violación, mencionando fundamental al derecho de la vida, la dignidad e integridad, en contra del derecho a la vida del no nacido producto de la violación.

Una vez realizado el pertinente desarrollo del caso, iniciando con un marco teórico fundamental para la conceptualización del tema tratado, de la misma manera, luego de haber desarrollado los derechos presuntamente vulnerados, y culminando con el respectivo análisis de lo establecido mediante sentencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, se puede concluir que el estudio de caso es de suma relevancia para el análisis de los derechos en cuestión, y que no solo se debe de estudiar como una violación de derechos, sino que, se debe de ponderar entre estos, ya que, son de la misma jerarquía en general, pero debiendo entenderse, que la ponderación resuelve casos específicos, como el tratado en la sentencia analizada.

También se logró razonar que, no solo se estaban violando derechos como tal, sino que, se estaban vulnerando principios como es el principio de la igualdad, principios que están reconocidos no solo en la Constitución de la república del Ecuador, sino que en diversos tratados y convenios internacionales.

Se aclaró que la intervención del Estado como garante del pueblo, es la de velar por la protección de los derechos de las personas, así como la de asegurarles la dignidad a través de su poder punitivo, mismo que debe seguir lineamientos que racionalicen su intervención de manera adecuada, tal cual lo establece la constitución, para que el legislador, en armonía con la población, configure los bienes jurídicos así como las conductas penalmente relevantes con sus respectivas sanciones, sin que se restrinjan derechos ni garantías constitucionales.

Se esclareció que la sanción para el delito de aborto por violación en mujeres que no padezcan de discapacidad mental, no es proporcional, partiendo de que al imponer una pena a un grupo considerado distinto por no padecer discapacidad mental, pero que a su vez sufre un agravio, no protege el bien jurídico que establece el artículo 171 del COIP respecto del 149 y el 150 numeral dos del mismo cuerpo normativo, pues el artículo 149 plantea la protección del nasciturus y la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual respecto de los bienes jurídicos jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes, no compartían lo que establece el sistema garantista, esto es, una igualdad de jerarquía entre los derechos, lo cual siempre dejaba el derecho a la vida como derecho absoluto y superior al resto.

De tal manera se fundamentó el porqué el derecho a la vida deba ser protegido, pero a su vez, no pase por encima de los demás derechos, siguiendo la línea constitucional e internacional de derechos humanos, pues dejar como absoluto un derecho por sobre otros, sería negarlos, a su vez que se incumpliría con el ordenamiento de un sistema judicial que reconoce el garantismo como base.

Así como se mostró que el bien jurídico protegido por el artículo 171 del COIP es la libertad sexual, el cual se relaciona con el derecho a la integridad personal del cual desprende la integridad física, psíquica, moral y sexual, que guarda relación también con el libre desarrollo de la personalidad, el decidir sobre su sexualidad y vida sexual, los cuales la violación, penalización del aborto y consecuente embarazo forzado, afectan gravemente a la mujer dejándole graves consecuencias que despenden de la afectación a la integridad personal en las áreas de la que desprende, dejando traumas, secuelas graves y demás afectaciones mentales, como repercusiones en su vida social diaria, de tal manera que la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo considera como tortura por ser algo inhumano y a su vez degradante.

Se demostró así mismo que la ponderación respecto de la proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación no es proporcional, idónea ni necesaria, pues deja la protección de la vida del nasciturus como derecho absoluto y principal en un sistema garantista por sobre el derecho de las víctimas de violación, lo cual no es acertado incluso esto no evita que se realice esta actividad, al contrario se la realiza en la clandestinidad, lo que representa un peligro para las mujeres a su vez genera el temor de que en casos de peligro, no pueda acudir un hospital para no ser denunciada y sancionada por el delito cometido, lo que conllevaría a una criminalización innecesaria e injusta.

Se demostró que a su vez el derecho penal debería, por tales razones, seguir lineamientos constitucionales como el de mínima intervención penal, pues no todas las

conductas que afectan a un bien jurídico son consideradas antisociales y con fines peligrosos para la sociedad, puesto que el Estado interviene para castigar con la finalidad de proteger a los derechos constitucionales, pero en este caso se criminaliza un acto que ya lleva consigo la afectación de varios derechos constitucionales, por lo que se concluyo que existen otras alternativas para proteger al nasciturus como la creación de políticas públicas y demás mecanismos para su beneficio.

También se mostró que no hay proporcionalidad debido a que en la balanza entre el sacrificio y el beneficio que hay en la sanción y aquello que se pierde y se vulnera, no es favorable en ningún caso, pues no se protege al nasciturus ni mucho menos a la mujer, pues en este caso la balanza se va en contra de la mujer, siendo desproporcional, y tampoco siendo idónea, por lo que la penalización por el delito de aborto en caso de violación en el caso de mujeres que no tengan discapacidad mental es inconstitucional.

El voto concurrente en este caso, refuerza a la sentencia aprobada por voto de mayoría, donde no solo apoya llanamente los argumentos en que se fundó la decisión de inconstitucionalidad, sino que, se encarga de desglosar las distintas objeciones que se realizaron en el momento de discutir la sentencia para así darles una respuesta fundamentada porque sí cabe una declaratoria de inconstitucionalidad y el por qué la corte sí goza de las competencias para realizarlas.

Aunque, sí se puede decir que el Dr. Ávila Santamaría va mucho más allá en el análisis de los amicus curiae, exponiendo puntos muchos más específicos y analizando



facetas de la interrupción el embarazo no solo en temas de violación, pero sin dejar de aclarar que en la sentencia netamente se discute el aborto por esta causal, y no en el sentido más amplio.

Tanto el voto aceptado por mayoría, como el voto concurrente nos demuestran la necesidad de la despenalización del aborto en casos de violación, pero los dos votos salvados se alejan de esta decisión e intentan hacer ver una realidad distinta a la de la sentencia, enfatizando en primer lugar una vez más que el derecho a la vida es fundamental y prima sobre los demás derechos, y que si bien la violación sí se considera un acto atroz que vulnera derechos, no cree que el aborto consentido en estos casos sea una alternativa, proponiendo la creación de políticas públicas y endurecimiento de las penas, siendo esta una respuestas poco efectiva para el problema en cuestión, que es la revictimización que sufre una mujer violada al tener que mantener un embarazo no deseado producto del delito.

Este tema enriqueció nuestro conocimiento tanto en la correcta forma de ponderar derechos que gozan de una misma jerarquía, según los estándares constitucionales, sin necesidad de disminuir el otro derecho por el hecho de la ponderación; así como se puede demostrar que no solo se trataba de una violación a los derechos de la mujer víctima de violación, sino que también se estaba vulnerando el principio de igualdad, al excluir la posibilidad de una interrupción del embarazo voluntario de manera legal y segura a las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación.

Por lo que se podría concluir, que el estado ecuatoriano, mediante su corte constitucional, reconoce que sí existía discriminación injustificada a las mujeres víctimas de violación que no poseían discapacidad mental, porque se debía haber tomado en consideración, al momento de legislar, que ambas mujeres sufrieron el mismo delito, que ambos grupos de mujeres pueden llegar a tener las mismas consecuencias, que es un embarazo no deseado producto de esta violación, por lo que ambos grupos de mujeres ameritan la misma protección, sin contar su discapacidad, ya que, la protección de doble vulnerabilidad hacia las personas discapacitadas ya está instaurada en el delito como una circunstancia agravante de la conducta.

Se puede observar la necesidad del legislador negativo, que en este caso es la Corte Constitucional, quien no crea ni promueve leyes, pero sí puede declarar la inconstitucionalidad de una norma o parte de ella por infringir normas y principios constitucionales, que es lo que atañe en este caso, que ya existía las causales de interrupción voluntaria de un embarazo cuando este sea producto de una violación, pero solo si la víctima sufría de una discapacidad mental, dejando excluidas a mujeres que sufrieron los mismos actos y por lo tanto están sufriendo los mismos estragos de una violación.

Esta sentencia al declarar inconstitucional la frase “en una mujer que padezca discapacidad mental” del artículo 150 numeral 2 del COIP, no busca en ningún momento promover el aborto en todos sus casos, no se está despenalizando el aborto consentido en general, sino que, se está poniendo al mismo nivel a cualquier mujer

víctima de una violación, tenga o no discapacidad mental, y de esta manera intentando hacer respetar sus derechos que ya fueron vulnerados por parte del agresor.

## 1. BIBLIOGRAFÍA

- Afanador, M. I. (2002). El derecho a la integridad personal- Elementos para su análisis. *Redalyc*, 93-94.
- Alexy, R. (2003). *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. U. Externado de Colombia .
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Editorial sistema .
- Chomali, F. (2007). Derecho a la vida, derecho fundamental, teología y vida. *Redalyc*, 417.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). En A. Nacional, *COIP*.
- CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (1969). Obtenido de [https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion\\_ADH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf)
- Cruz, M., Rosario, M. d., Flores, J., Vilchis, R., Pedraza, A., & Rosales, C. (2016). *Catálogo para la violación de derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México .
- Ekmekdjian, M. (s.f.). De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles. *El Derecho* , 114-945.

- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y Futuro del Estado de Derecho. *Revista Internacional de Filosofía y Política*, 31-45.
- Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* . Madrid: Trotta edición 4.
- González, J. (1986). *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas .
- Mario, V., Emilio, P., & Nogueira. (2005). *Derecho constitucional Tomo I* . Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile .
- Nacional, A. (2008). Constitución . En *Constitución de la República del Ecuador*.
- Olano, H. (2016). Hablemos del Derecho a la vida. *Ius Humani. Revista de Derecho*, 209-2016.
- Reyes, M. A. (1987). El control como concepto inseparable del concepto de constitución. *Revista Español de Derecho Constitucional* , 17-36.
- Sanchís, L. P. (2002). Observaciones sobre las antinomias y el criterio de ponderación. *Diritti&questioni pubbliche*, 6.
- Siches, L. R. (2010). *Tratado general de filosofía del derecho*. México : Porrúa .
- Zavala Egas, J. (2002). Derecho Constitucional, Tomo II. En J. Z. Egas, *Derecho Constitucional, Tomo II*. Guayaquil: Edino.

## **ANEXO**