

Quito, D.M., 28 de abril de 2021

CASO No. 34-19-IN Y ACUMULADOS

EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES, EMITE LA SIGUIENTE

SENTENCIA

Tema: La Corte Constitucional analiza la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal relativos a la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación y declara la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “*en una mujer que padezca de una discapacidad mental*” contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP.

ÍNDICE:

I. Antecedentes y Procedimiento:	2
II. Competencia	6
III. Normas impugnadas	6
IV. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad.....	7
4.1. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 34-19-IN.....	7
4.2. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 105-20-IN.....	9
4.3. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 109-20-IN.....	11
4.4. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 115-20-IN.....	13
4.5 Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 23-21-IN.....	15
4.6. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 25-21-IN.....	16
4.7. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 27-21-IN.....	17
4.8. Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador	18
4.9. Argumentos de la Presidencia de la República.....	20
4.10 Argumentos de la Procuraduría General del Estado.....	21
V. Análisis Constitucional.....	22
5.1. Consideraciones previas sobre la libertad de configuración legislativa y la Asamblea Nacional	22
5.2. ¿La sanción penal hacia niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental es una pena proporcional?	25
5.2.1. 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.....	26

5.2.2. Proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación.....	34
5.3. ¿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?.....	39
5.4. Penalización del aborto consentido en casos de incesto, graves malformaciones e inseminación forzada	45
VI. Efectos de la presente sentencia	47
VII. Decisión	50

I. Antecedentes y Procedimiento:

1. El 30 de julio de 2019, Miriam Elizabeth Ernest Tejada, Olga Virginia Rosalía Gómez de la Torre Bermúdez y Katherine Alexandra Obando Velásquez, por sus propios y personales derechos y como parte de la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío y del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos, respectivamente, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal (“COIP”). La causa fue identificada con el No. **34-19-IN**.
2. El 18 de noviembre de 2019, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de la causa No. 34-19-IN, la admitió a 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.
3. El 10 de noviembre de 2020, Ana Cristina Vera Sánchez, en calidad de representante legal del Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos SURKUNA; Vivian Isabel Idrovo Mora, por sus propios derechos; Lina María Espinosa Villegas, por sus propios derechos y en calidad de coordinadora legal de la organización internacional no gubernamental Amazon Frontlines; Sylvia Bonilla Bolaños, por sus propios derechos y en calidad de presidenta de la Comisión Ecuémica de Derechos Humanos CEDHU; Rosa López Machuca, por sus propios derechos y en su calidad de coordinadora del Movimiento de Mujeres del Oro; y, Ana Gómez Alonso, por sus propios derechos y en calidad de presidenta de la Fundación Lunita Lunera, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP, con solicitud de medidas cautelares. El proceso fue signado con el No. **105-20-IN**.
4. El 18 de noviembre de 2020, Mayra Cristina Cachaguay Obando, por sus propios derechos y en calidad de presidenta de la organización Mujeres por el Cambio; María Fernanda Chalá Espinoza, Doménica Camila Aguirre Macas y Catherine Mayte González Silva, por sus propios derechos; y, Edgar Paúl Jácome Segovia, director ejecutivo de la Fundación Kintiñan para la Defensa de los Derechos Humanos y la Naturaleza en el Ecuador, presentaron una acción de

inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. La causa fue identificada con el No. **109-20-IN**.

5. El 10 de diciembre de 2020, Nidia María Soliz Carrión, por sus propios derechos y en calidad de Coordinadora del Cabildo de las Mujeres del cantón Cuenca, y Johanna Melyna Romero Larco y Milton David Salazar Páramo, por sus propios y personales derechos y como miembros de BOLENA Género y Diversidades, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. Esta acción fue identificada con el No. **115-20-IN**.
6. El 03 de febrero de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de la causa No. **115-20-IN**, la admitió a trámite, dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN y corrió traslado a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.
7. El 11 de marzo de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de la causa No. **109-20-IN**, la admitió a trámite, dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN y corrió traslado a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.
8. De igual manera, el 11 de marzo de 2021, Freddy Vinicio Carrión Intriago, en calidad de Defensor del Pueblo; Dayana Ávila Benavidez, en calidad de Coordinadora Nacional de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo; Harold Andrés Burbano Villarreal, en calidad de Coordinador Nacional de Protección de Derechos Humanos y de la Naturaleza de la Defensoría del Pueblo de Ecuador; y, Ximena del Pilar Cabrera, en calidad de Directora Nacional del Mecanismo para la Prevención de la Violencia contra las mujeres y basada en género de la Defensoría del Pueblo, presentaron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. La causa fue identificada con el No. **23-21-IN**.
9. El 19 de marzo de 2021, las accionantes del caso No. **105-20-IN** presentaron un escrito en el que reiteraron su pedido de medidas cautelares y de admisión de la acción de inconstitucionalidad.
10. El 22 de marzo de 2021, Lita Martínez Alvarado, en calidad de directora ejecutiva del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer (CEPAM), presentó una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. El proceso fue signado con el No. **25-21-IN**.
11. El 08 de abril de 2021, María Dolores Miño Buitrón, en calidad de directora ejecutiva del Observatorio de Derechos y Justicia, Mónica Banegas Cedillo, co-fundadora de la Red de Mujeres Constitucionalistas del Ecuador, y Daniela

Alejandra Sánchez Sevilla, María Paula Marroquín Ruiz, María Doménica Rodríguez Ramos, Isabella María Palacios Ordoñez, Astrid Alejandra Cabrera Triviño, Aury Sofía Villavicencio Galarza y María Carolina Ruiz Duque, por sus propios derechos, interpusieron una acción de inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. El proceso fue signado con el No. **27-21-IN**.

12. Con fechas 15 y 16 de abril de 2021, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional del Ecuador avocó conocimiento de las causas No. **105-20-IN**, **23-21-IN**, **25-21-IN** y **27-21-IN** las admitió a trámite respectivamente, dispuso su acumulación al caso No. 34-19-IN y corrió traslado a la Asamblea Nacional, a la Presidencia de la República y a la Procuraduría General del Estado, para que se pronuncien sobre la constitucionalidad de las normas impugnadas.
13. El 21 de abril de 2021, el Pleno de la Corte Constitucional aprobó la priorización de la causa y sus casos acumulados¹.
14. En la presente causa se han presentado *amici curiae* por parte de Carlos Arsenio Larco, Evis Oliva Enríquez de la Cruz, Carmen de Lourdes Pazmiño Pazmiño, Joan Miguel González Vera, Ricardo Martín Prieto Andrade, Lorena Carvallo Torres, Julieta Cristina Sagnay Vera, Carlos Andrés Idrovo Zambrano, Stephanie Guadalupe Herrera, Carlos Enrique Fierro Morales, Ana María Goetschel, Alberto Rodolfo Kornblihtt, Marisa Herrera, Natalia de la Torre, Carla Gabriela Patiño Carreño, Myriam Stella Pérez Gallo, Francisco José Cevallos Guerrero, Génesis Carolina Ramírez Calva, Estefanía Aguirre Chauvin, Tamia Belén Rodríguez Rodríguez, María Victoria Piedra Carrión, Mónica Alejandra Rojas Puente, Andrea Andrade Granda, María José Alcívar, Ana Gabriela Anda Jiménez, Luz Arpi Landázuri, Juan José Marcillo Tipanta, Francisco Freire Segarra, Rosa Marisol Castro Calderón, María Verónica Valarezo Carrión, Irina Almira Amengual Hoogesteijn, Ximena Alejandra Cárdenas Reyes, Brenda Espinoza Gárate, Diego Jadán-Heredia, José Ignacio López Vigil, Paolina Vercoutere Quinche, Alexandra Serrano Flores, Nathalia Quiroz del Pozo, Graciela Ramírez Iglesias, Yohama Araceli Calderón Huachi, Andrea Lorena Peñaherrera Vaca, Lizbeth Carolina Toro Santillán, Ariana Graciela Herrera Salazar, Nelly Minyersky, María Andrea Cuéllar Camarena, Katherine Denisse Gallardo Naranjo, Estefanía Alejandra Espín Armas, Sofía Zaragocin, Ariadna Tovar Ramírez, Tania Sordo Ruz, Jakeline Genoveva Calle Roldán, María Fernanda Solíz Torres, Alisson Alejandra Chiriboga Pérez, Camila Alejandra Flores Jiménez, Cristina Burneo Salazar, Olga Cristina Rosero Quelal, Ana Lucía Martínez Abarca, César Antonio Paz y Miño Cepeda, Tatiana del Cisne Jiménez Arrobo, Maritza Gabriela Andino Vásquez, Marcela Natalia Rocha Andino, Susana Guijarro Paredes, Michelle Andrea Játiva Fustillos, Carmen

¹ Conforme al Acta No. 016-O-2021-CC de la sesión ordinaria de 21 de abril de 2021, el informe de priorización fue aprobado con 7 votos a favor de los jueces constitucionales Hernán Salgado Pesantes, Daniela Salazar Marín, Ali Lozada Prado, Agustín Grijalva Jiménez, Ramiro Avila Santamaría, Enrique Herrería Bonnet y Karla Andrade Quevedo y 2 votos en contra de las juezas constitucionales Teresa Nuques Martínez y Carmen Corral Ponce.

Zambrano Semblantes, Mónica Ojeda, Fernando Xavier Maldonado Dávila, Erika Lorena Arteaga Cruz, María Rosa Cevallos Castells, Lucía Pérez Martínez, Aimée Maron, Lucy Helena Blacio Pereira, Eugenia Patricia Novoa Zubiria, Patricia Castillo Briceño y Nancy Carrión Sarzosa, todos ellos por sus propios derechos.

15. Así también, se presentaron *amici curiae* por parte de Bella Irma Maldonado Guerrero, en representación de la Asociación de Fieles “María de la Buena Esperanza”; Ángela Mateus Arévalo y Ana María Méndez Jaramillo, en representación del colectivo Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres; Marcela Paola Aguiñaga Vallejo, en calidad de ex presidenta de la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional y asambleísta por la provincia del Guayas, y Marcela Priscila Holguín Naranjo, en calidad de asambleísta por la provincia de Pichincha; Cinthya Lisbeth Solano Solano, vocera del Colectivo Creando Juntas; María Cristina Almeida Montúfar, en calidad de presidenta de la Fundación Nina Warmi; Susana Chávez, representante de la red jurídica del Consorcio Latinoamericano contra el Aborto Inseguro (CLACAI); Diana Mishelle Calle Sánchez y Andrea Estefanía Cajamarca Torres, en calidad de miembros de la Organización Comunitaria de Mujeres en Resistencia “Sinchi Warmi”; Martha Paola Fernández Lozano, en calidad de representante del Centro Las Libres de Información en Salud Sexual Región Centro A.C. México; Oriana López Uribe, representante legal de la organización Balance Promoción para el Desarrollo y Juventud AC; Patricia Genoveva Gálvez Zaldumbide, en representación de la organización Centro Ecuatoriano de Desarrollo y Estudios Alternativos (CEDEAL); María de los Ángeles Condo Sánchez y otras, en representación de la Colectiva Guambras Verdes Tungurahua; Victoria Magnavacca Coelho, Mariana Prandini Fraga Assis y Thayná Silva Campos, en representación del Colectivo Margarida Alves de Popular; Karina Soledad Marín Lara, en calidad de vocera de la Red de Mujeres con discapacidad; Sofía Isabel Benavides Ochoa, en representación de la organización El Parto es Nuestro Ecuador; Fernanda Doz Costa, directora adjunta para las Américas de Amnistía Internacional; Lucía Hernández García y Selene Soto Rodríguez, abogadas de la organización internacional Women’s Link Worldwide; Natalia Gherardi, directora ejecutiva del Equipo Latinoamericano de Justicia y Género (ELA); Angie Katherine Toapanta Ventura, Coordinadora General del Centro de Investigación y Defensa del Derecho al Trabajo (CIDDT); Catalina Martínez Coral y otras, en representación del Centro de Derechos Reproductivos; Typhaine Léon, en representación de la organización Mujeres de Frente; María Antonieta Alcalde Castro, directora de Ipas Centroamérica y México (Ipas CAM); Andreina Mercedes Sevillano Molina, María Luisa Pasmiño Rodríguez y Shantal Elizabeth Vallejo Cambindo, en representación del colectivo “VIGILIA”; y, Olga Muñoz Reyes, fundadora de la agrupación Jóvenes por el Derecho a la Vida y miembro de la Fundación Pronacer.

16. Además, se plantearon *amici curiae* por parte de David Alejandro Samaniego Rojas y otros, en representación del Colectivo Jurídico Universitario y Coalición Feminista Universitaria; Octavio Miranda Ruiz, presidente del Comité de Derechos

Sexuales y Reproductivos de Ecuador (CODESER); Mary Cabrera Paredes, en representación de la Fundación Sendas; Pilar Rassa Parra y otros, en representación del Observatorio de Género y Diversidad del Colegio de Abogados de Pichincha; José Redrován, en representación de las organizaciones Cuenca Escoge la Vida y Save the 1; Amable Ramón Peña Lazo, en calidad de presidente de la Fundación Vida; José Ignacio Gómez Vera y Roberto Luis Zambrano Cuntó, en representación de la Sociedad Ecuatoriana Tradición y Acción Pro Cultura Occidental; Óscar Gómez Vera, en representación de la Liga Católica Pro Familia Ecuatoriana; Soledad Manuela Angus Freré, miembro del colectivo Aborto Libre Guayaquil; Vanessa Mejía Suárez, en representación de la organización Padres de las Ciudadelas Villas del Rey; Iván Patricio Cadena Asencio, en representación de la organización Padres de la Joya; Hernán Arias González, en representación del Consejo Nacional Cristiano del Ecuador; Ernesto López Vargas, en representación del Grupo Patria Libre; Jaime Omar Bustamante Gafter, en representación de la organización Padres con Derecho; Gladys Gisselle Larrea Palacios, en representación de la organización Familia con Valores; Eliana Emperatriz Cabrera Díaz, en representación de la organización Las Madres tienen Voz; Gladys Zulay Arévalo y otros, en representación de la Fundación Acción PROVIDA; Billy Navarrete Benavidez y Abraham Aguirre García, en calidades de secretario ejecutivo y abogado del Comité Permanente por la Defensa de los Derechos Humanos, respectivamente; Oscar A. Cabrera, y otros, en representación del Instituto O'Neill para el Derecho y Salud Nacional y Global de la Universidad de Georgetown; Melissa Eugenia Moreano Venegas y otras, en representación del Colectivo de Geografía Crítica del Ecuador; Laura Leonor Gil Urbano, en representación de la organización Grupo Médico por el Derecho a Decidir-Colombia; Paulina Muñoz Samaniego, en representación del Colectivo de Género Acción Política y el Centro de Estudios Carlos Mariátegui; y, Aimée DuBois, en representación de la organización Huertomanías.

17. Mediante auto de 22 de abril de 2021 la jueza constitucional Karla Andrade Quevedo, avocó conocimiento de la causa.

II. Competencia

18. La Corte Constitucional es competente para conocer y resolver la presente acción pública de inconstitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (“CRE”), en concordancia con los artículos 75 numeral 1 literal c) y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

III. Normas impugnadas

19. Los artículos 149 y 150 del COIP establecen lo siguiente:

“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.

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”.*

IV. Fundamentos de la acción de inconstitucionalidad

4.1. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 34-19-IN

- 20.** Las accionantes consideran inconstitucional la frase “*que padezca de discapacidad mental*”, contenida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP. Además, solicitan que “*por el principio de unidad normativa*”, después de la frase “*una mujer que ha consentido en ello*” del artículo 149 del COIP, debería incluirse: “*excepto en caso de violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada*”.
- 21.** Plantean como disposiciones constitucionales presuntamente infringidas por razones de fondo de las normas impugnadas, las contenidas en el artículo 66 numerales 2, 3 literales a) y b), 4, 5, 6, 9 y 10 de la CRE. Así también, sostienen que existe una incompatibilidad normativa con tratados, observaciones y recomendaciones de diversos organismos internacionales en materia de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad. Concretamente señalan vulneradas:
 1. 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.
 2. 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.
 3. 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.

4. 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.
 5. 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.
 6. 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.
22. Manifiestan que las normas impugnadas suponen una penalización a la interrupción del embarazo en casos tan graves que vulneran el derecho a una vida digna, pues *“la violación o el incesto constituyen irrupciones tan graves en la vida de una mujer, en su intimidad, en su integridad, pues alteran sus decisiones en la vida sexual, quizás la parte más íntima de un ser humano, que las huellas pueden perdurar para siempre. No considerar que el hecho de una violación redujo a tal punto el libre albedrío, en una de las decisiones más íntimas como es la sexualidad, y exigir que esa mujer que no pudo decidir si tener o no relaciones sexuales, deba además vivir una maternidad impuesta por temor al castigo legal, constituye discriminación en razón del género y una verdadera tortura”*.
23. Respecto del derecho a la integridad personal, las accionantes explican que en la violación y en el incesto existen secuelas sociales como sentimientos de rechazo, vergüenza y culpa que hacen que la vida moral, psíquica y social de la víctima sean alteradas. Asimismo, sostienen que la CRE garantiza una vida libre de violencia y *“si el origen del embarazo es violento y la razón de sostenerlo es una amenaza para la libertad, constituyen ambas una acción violenta (...) porque el Estado se constituye en el principal perseguidor de una mujer que decide abortar cuando ha sido violada”*.
24. Por otra parte, alegan que las normas impugnadas contrarían el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto éste implica que las personas son soberanas de sí mismas y pueden decidir cuáles son las mejores opciones para su vida.
25. Alegan, además, que mantener el aborto como punible vulnera el derecho a la igualdad formal y material y constituye una discriminación en su contra, puesto que *“se debe recordar que la mujer históricamente es un ser humano cuya autonomía es incompleta, pues depende de que otros impongan sobre ella la posibilidad de decidir sobre su cuerpo. Es a la mujer a la única que se le obliga, con amenaza de cárcel, a proteger a otro que todavía no es una persona, se le obliga a sacrificar sus derechos no por situaciones de excepción producidas por el conflicto con los*

derechos de otra persona, sino para cumplir con un rol que se ha asignado socialmente a la mujer, el de ser madre incluso si no quiere”.

26. Por último, respecto a la inconstitucionalidad en caso de graves malformaciones del feto, sostienen que se vulnera el derecho a tomar decisiones libres, responsables y decidir cuándo y cuántos hijos e hijas tener.

4.2. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 105-20-IN

27. Las accionantes solicitan que la frase *“que padezca de discapacidad mental”*, contenida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP, sea declarada inconstitucional. Alegan que la frase impugnada vulnera los derechos a la integridad personal (art. 66 numeral 3 de la CRE), a la igualdad formal y material y no discriminación (art. 66 numeral 4 de la CRE), a la salud (art. 32 de la CRE), a la vida (art. 66 numeral 1 de la CRE), a la vida digna (art. 66 numeral 2 de la CRE), a la dignidad y a la autonomía (art. 66 numeral 29 literal a) de la CRE); al libre desarrollo de la personalidad (art. 66 numeral 5 de la CRE), a tomar decisiones libres e informadas sobre la sexualidad, la vida y orientación sexual (art. 66 numeral 9 de la CRE), a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (art. 66 numeral 10 de la CRE), y a la intimidad personal y familiar (art. 66 numeral 20 de la CRE).
28. Afirman que existe una incompatibilidad normativa entre la frase impugnada y los derechos a la protección especial, la no revictimización y la reparación integral de las víctimas de infracciones penales (art. 78 de la CRE), y a recibir atención prioritaria y especializada de las mismas y de las niñas, personas menores de edad y adolescentes con capacidad de abortar (art. 35 de la CRE). Además, señalan los tratados e instrumentos internacionales que, a su criterio, el Ecuador incumple al mantener vigente la frase cuestionada.
29. Argumentan que, de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, *“la penalización de aborto en casos de violencia sexual, violación e incesto, aumenta el sufrimiento de las mujeres víctimas y sobrevivientes de violencia sexual, quienes ya sufrieron daños en todas las dimensiones de su integridad por la violencia sexual que sufrieron. Por tanto, la penalización del aborto en estos casos implica una forma de tortura en sí misma”*. Añaden que *“obligar a las mujeres a sufrir en su cuerpo las consecuencias del delito del que han sido víctimas supone reproducir su victimización e implica infligir daños psicológicos y morales que configuran un trato cruel, inhumano y degradante”*.
30. En cuanto al derecho a la igualdad formal y material y no discriminación, exponen su desarrollo internacional y aseveran que *“el punto central de la comparabilidad de los grupos de mujeres, personas con capacidad de abortar, niñas y adolescentes respecto del cual el numeral 2 del artículo 150 del COIP establece una*

diferenciación legal, no puede ser la discapacidad mental, sino el hecho de haber quedado embarazadas producto de una violación sexual”.

- 31.** Al realizar un test de proporcionalidad, determinan que la penalización del aborto por violación *“no solo que no protege a la mujer embarazada -violada-, sino que la coloca muchas veces en la situación extrema de buscar abortos en condiciones inseguras, arriesgando su vida y su salud: la obliga a continuar con un embarazo forzado y a una maternidad forzada, lesionando gravemente su integridad personal, su autonomía, su dignidad, entre otros derechos. [...] Si se trata de brindar cuidado y protección desde la concepción, entendido de acuerdo con la interpretación dada por la Corte Interamericana penalizar el aborto en casos de violación no es un medio adecuado y por lo tanto la disposición impugnada no supera siquiera el criterio de idoneidad. Asimismo, de todos los medios adecuados que podrían haberse escogido para proteger el pretendido fin legítimo, se ha utilizado el medio más lesivo, aquel que restringe y priva de contenido varios derechos fundamentales de las mujeres, niñas, adolescentes o personas con capacidad de abortar que no padezcan de discapacidad mental, víctimas de violación y embarazadas, al imponerlas un embarazo forzoso, la continuidad de un embarazo forzoso y una maternidad forzosa, todas prácticas coercitivas que afectan la dignidad, la autonomía y la igualdad de las mujeres”.*
- 32.** Sobre el derecho a la salud, aducen que *“la penalización del aborto en general y en específico la penalización del aborto por violación, constituye una traba innecesaria para que las mujeres puedan conseguir sus objetivos en salud al restringir determinados servicios de salud reproductiva; además, las obliga a buscar servicios clandestinos e inseguros que las exponen a muertes, daños en su integridad y complicaciones en su salud, sumado al hecho de que la clandestinidad en la cual se realizan estos abortos causa un gran sufrimiento psicológico, aumentado a las afectaciones propias de los casos de violación”.*
- 33.** Con respecto al derecho a la vida, señalan que *“el Estado conoce el riesgo inminente e inmediato para el derecho a la vida de todas las niñas, adolescentes, mujeres y personas de las disidencias sexo genéricas, víctimas de violación como resultado de la disposición impugnada”.*
- 34.** También alegan que *“la disposición impugnada, al exponer a las mujeres a riesgos innecesarios por tomar decisiones sobre su vida reproductiva, al imponerles embarazos forzados y maternidades forzadas, vulnera también el derecho de las mujeres a la vida digna, pues restringe su capacidad de acceso a servicios de salud seguros; las expone a riesgos prevenibles; tiene impactos en su situación laboral y acceso y permanencia en el sistema educativo; y, limita de forma desproporcionada su autonomía de decisión sobre su vida y reproducción”.*
- 35.** Explican que *“la penalización del aborto y la existencia de la disposición impugnada, atenta contra la dignidad de las mujeres también al permitir que se*

justifique la violencia contra la mujer en el ámbito obstétrico, familiar y social, pues por un lado perpetúa la idealización de la maternidad como destino manifiesto, instinto e inclinación natural de la mujer y por otro lado refuerza la creencia de que el aborto es un asesinato, de esta manera se promueve la consideración de que las mujeres que no desean ser madres son seres antinaturales, perversos, e incompletos; se mantiene la creencia de que la crianza de las y los hijos/os es responsabilidad únicamente de las mujeres lo que permite que el maltrato a las mujeres que buscan atención post-aborto sea una práctica común y que la denuncia por parte de los profesionales de salud a las mujeres por aborto sea vista como una obligación legal y moral, a pesar de ser un delito”.

- 36.** Sostienen que *“las víctimas, en los términos del artículo 78 de la CRE tienen derecho a una protección especial y a mecanismos de reparación integral como la restitución, rehabilitación, indemnización, garantías de no repetición, conocimiento de la verdad de los hechos y satisfacción”.*
- 37.** Finalmente, aducen que *“la atención prioritaria a la que tienen derecho las personas víctimas de violencia sexual está estrechamente relacionada y se refuerza con el principio de trato prioritario recogido a favor de los niños, niñas y adolescentes. En el caso particular de las niñas, adolescentes y personas con capacidad de abortar menores de edad, víctimas de violencia sexual y embarazadas que no tienen ninguna discapacidad mental, el derecho a la protección reforzada y atención especializada se enlaza con el principio de interés superior de niños, niñas y adolescentes estableciendo obligaciones especiales para su protección. En este sentido, la despenalización del aborto en casos de violencia sexual garantizará la aplicación material del principio de igualdad, ya que reconoce que ciertos grupos presentan algunas circunstancias particulares de su vida que dificultan el acceso a los mecanismos ordinarios de protección y por ello requieren tratamiento preferente o incluso generación de mecanismos especiales para su protección”.*

4.3. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 109-20-IN

- 38.** Las accionantes alegan que el numeral 2 del artículo 150 del COIP contraviene los artículos 3 numeral 1, 11, 48 numeral 7, 66 numeral 3 literal a), 84 y 424 de la CRE, así como lo establecido en observaciones realizadas por comités de Naciones Unidas.
- 39.** Argumentan que, en los cinco códigos penales que se han promulgado a lo largo de la historia de Ecuador, *“la sexualidad femenina fue castigada desde las más rígidas regulaciones [...] basadas en un machismo misógino que entiende a las mujeres, no como personas, sino como objetos; no como seres sexuales, sino como seres pasivos, sumisas y al servicio del deseo ajeno, de la única sexualidad activa posible: la de los hombres”.*

40. Tras dar un recuento de las particularidades de cada código penal, analizan la norma impugnada a partir de un test de razonabilidad. Dentro de este, definen que *“la distinción establecida entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad para dar (sic) permitir un aborto cuando el embarazo ha sido producto de violación, contiene un fin eugenésico”*. En este sentido, señalan que la eugenesia *“no solamente que desconoce el derecho que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades (art. 11.2), sino que además establece una jerarquía entre los seres humanos en donde unos son más valiosos que otros”*. Por tanto, manifiestan que la distinción no persigue un fin constitucional.
41. Dentro del mismo test, cuestionan la razonabilidad del trato desigual, basándose en los parámetros de que sea: (i) adecuado; (ii) necesario; y, (iii) proporcionado. Sobre el primer punto, expresan que *“cualquier adecuación a un fin inconstitucional, no resulta aceptable, de modo que desde su origen el trato diferenciado no es razonable, siendo además discriminatorio”*. Añaden que *“es una falacia decir que la Constitución prohíbe el aborto. Lo que hizo el constituyente fue establecer una protección y cuidado al NASCITURUS como un ser que en potencia será persona, tan es así que la proporcionalidad de la pena entre el aborto y el homicidio es distinta. El legislador sabe que el NASCITURUS no es persona y así como los derechos de las personas los derechos del ser que está por nacer no pueden estar unos sobre otros, sino que dependiendo de la situación deben ser ponderados”*. Señalan además, que *“la despenalización del aborto no significa promover dicha práctica, sino que la mujer pueda tener la capacidad de definir sobre su cuerpo y no morir en camas de hospitales por abortos clandestinos”*.
42. En cuanto al parámetro de necesidad, manifiestan que *“el artículo 11.2 de la Constitución menciona las categorías que prima facie se encuentran prohibidas para establecer distinciones en el reconocimiento, goce o ejercicio los (sic) derechos establecidos en la Constitución”*. Por ende, alegan que *“cualquier argumento que pretenda defender la distinción entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad para ejercer al (sic) derecho de libertad reproductiva, dignidad humana, integridad física, salud, integridad personal, deberá probar cómo aquella es menos lesiva”*.
43. Con respecto a la proporcionalidad, señalan que, mientras el fin que satisface el trato desigual es la eugenesia, *“el principio que se (sic) está siendo afectado es el de la dignidad humana, libertad sexual, libertad reproductiva, integridad física, integridad sexual, de niñas, adolescentes y mujeres a quienes esta distinción excluye”*. Por tanto, concluyen que el numeral 2 del artículo 150 del COIP vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación.
44. Las accionantes argumentan también que la norma impugnada atenta contra el derecho a la integridad personal y una vida libre de violencia (art. 66 numeral 3 CRE). Señalan que todas las mujeres son potenciales víctimas de violación, *“por lo cual, impedir a las mujeres que no poseen una discapacidad mental, poder abortar”*.

en estos casos, constituye no solo un evidente trato discriminatorio, sino también, una patente de corso para, que además de la impunidad, de la cual en muchas ocasiones gozan los violadores, la víctima tenga que soportar la carga de un acto que además de delincencial, afecta la paz y la integridad personal de las mujeres”.

45. Alegan que la Constitución “*establece la obligación de la Asamblea Nacional y demás cuerpos legislativos la obligación formal y material, de las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en ella así como los tratados internacionales para garantizar la dignidad del ser humano*”. En este sentido, manifiestan que la violencia sexual es “*un atentado contra la dignidad humana de las mujeres, niñas y adolescentes, con discapacidad o no, pues obstaculiza e incluso llega a impedir el desarrollo del proyecto vital*”.
46. Por último, explican que, a pesar de que el Estado tiene la obligación de proteger a las personas con discapacidad (art. 48 numeral 7 CRE), la distinción generada en el numeral 2 del artículo 150 del COIP “*genera una estigmatización de las personas con discapacidad mental*”, por tener un fin eugenésico.

4.4. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 115-20-IN

47. Las accionantes sostienen que la frase “*en una mujer que padezca de discapacidad mental*”, contenida en el numeral 2 del artículo 150 del COIP “*contraviene los artículos 11 numerales 2 de la Constitución en tanto vulnera el Principio de Igualdad y no discriminación de las mujeres con discapacidad y en general de las personas con discapacidad, al establecer una distinción no razonable basada en la discapacidad*”.
48. Alegan que esto supone a las mujeres “*una imposición de la maternidad*”, lo cual vulnera a su vez sus derechos a: (i) decidir sobre su salud y vida reproductiva (art. 66, numeral 10 de la CRE); (ii) su dignidad humana (art. 11, numeral 7 de la CRE); (iii) la vida digna (art. 66, numeral 2 de la CRE); y, (iv) la integridad personal (art. 66, numeral 3 de la CRE).
49. Afirman que la norma impugnada contraviene el principio de igualdad en sus dos dimensiones (como no discriminación y como no sometimiento), por cuanto “*introduce como criterio de distinción la discapacidad para diferenciar a las mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad embarazadas como resultado de una violación*”, y en consecuencia, “*introduce una restricción a los derechos a la vida, dignidad, integridad, salud, libertad para decidir sobre su vida reproductiva de niñas y mujeres víctimas de violación, que no poseen una discapacidad*”.
50. Añaden que, de conformidad con el artículo 11, numeral 2 de la CRE, cualquier distinción por motivo de discapacidad “*se entiende prima facie prohibida y por lo tanto inconstitucional, salvo que el Estado identifique razones suficientes para tal distinción*”.

51. En este sentido, identifican que el fin del artículo 150 del COIP es precautelar el *“derecho a decidir sobre la vida reproductiva de las niñas y mujeres, conforme el artículo 66 numeral 10 de la Constitución”*. Manifiestan que *“el fin de una norma que no prohíbe el aborto por violación, es evitar una maternidad forzada y principalmente evitar la prolongación de vulneraciones de derechos, reconociendo y asegurando a las víctimas de violación, su derecho a decidir sobre su vida y salud reproductiva. Cuestión que torna al fin en constitucionalmente válido por ser acorde al artículo 66 numeral 10 de la Constitución”*. Por el contrario, argumentan que, según la redacción actual del numeral 2 del artículo 150 del COIP *“el fin antes mencionado se ve trastocado, y vuelve arbitraria e irrazonable el criterio de discapacidad incorporado; es decir, el criterio de distinción resulta no idóneo al fin propuesto”*.
52. Sostienen que la norma impugnada *“precautela el derecho de decidir libremente únicamente a una mujer con discapacidad mental que se encuentre embarazada como consecuencia de una violación”*, pero al hacerlo, introduce una distinción estereotipada, *“incorporando una presunción según la cual, una mujer con discapacidad mental no es capaz de consentir ninguna relación sexual y por tanto siempre es víctima de violencia sexual”*, lo cual contradice el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.
53. Además, alegan que *“si consideramos que la ausencia de consentimiento está presente en cualquier caso de violación a una mujer, con independencia de la condición de discapacidad, el pretender precautelar el derecho solo del grupo de mujeres en razón de su discapacidad mental, se incurre en una violación del principio de igualdad y no discriminación de las mujeres embarazadas como consecuencia de una violación pero que no padecen una discapacidad mental”*.
54. En este sentido, cuestionan que el COIP se basa en el criterio de *“ausencia de consentimiento”* en sus artículos 147 y 149 *“para establecer penas distintas en razón del consentimiento o no de la interrupción del embarazo, sin embargo no considera este mismo criterio para reconocer el derecho a decidir a toda mujer víctima de violación”*.
55. Con esto, afirman que *“la causal de violación a la condición de discapacidad, no solo que afecta el fin presuntamente perseguido de la norma en general, sino que puede producir una interpretación que incluya un fin eugenésico, al procurar evitar el nacimiento de seres humanos que puedan tener alguna discapacidad”*.
56. Exponen su análisis sobre la norma impugnada a partir de un test de igualdad y determinan que la concepción histórica de la discapacidad se ha mantenido, pues las causales de despenalización del aborto han seguido vigentes desde el Código Penal de 1938, sustituyendo únicamente a los términos *“demente”* e *“idiota”* por *“discapacidad mental”*. De ahí que concluyen que el numeral 2 del artículo 150

“contiene un fin eugenésico” y consideran que no es un objetivo válido a la luz de la Constitución que se desconozca *“que todas las personas son iguales y gozan de los mismos derechos y oportunidades”* de conformidad con el artículo 11.2 de la CRE.

57. Dentro del test de igualdad, agregan que el trato desigual no es razonable, pues no cumple los parámetros de adecuación, necesidad y proporcionalidad, puesto que el fin de la norma impugnada es inconstitucional. En consecuencia, consideran que *“la frase ‘en las mujeres que padezcan discapacidad mental’ no constituye una distinción razonable, sino arbitraria, vulnerando el principio de igualdad y no discriminación”*.
58. Por otro lado, sostienen que la norma violenta la libertad reproductiva (art. 66, numeral 10 de la CRE) en perjuicio de las mujeres que no tienen discapacidad mental y que *“la categoría de discapacidad se torna subinclusiva en tanto excluye a otras mujeres que encontrándose en la misma situación que se pretende tutelar (embarazo por violación) quedan apartadas por el criterio seleccionado en la norma”*.
59. Finalmente, las accionantes alegan que en vista de que la norma impone a las mujeres *“una maternidad no deseada”*, esta restringe la libertad de decidir sobre su vida reproductiva. Así, manifiestan que *“cuando se proscribe el aborto en caso de violación instrumentaliza a las mujeres para un mero fin reproductivo, pues le impide decidir sobre ello, desconociendo incluso su dignidad humana”*.

4.5 Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 23-21-IN

60. Los accionantes afirman que la norma impugnada vulnera los derechos a una vida digna (artículo 66. 2 CRE), a la integridad personal (art. 66.3 CRE) que incluye: a) la integridad física, psíquica, moral y sexual, b) una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y c) la prohibición de tortura; a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (art. 66.4 CRE); al libre desarrollo de la personalidad (el art. 66.5 CRE); a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad (art. 66.9 CRE); a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (art. 66.10 CRE); a la intimidad personal y familiar (art. 66.20 CRE) y el principio a la igualdad y no discriminación (artículo 11.2 CRE).
61. Con respecto a la discriminación, la integridad y la violencia de género, argumentan que *“el derecho a la igualdad formal, material y no discriminación estipulado en el artículo 66.4 de la CRE se vulnera con el contenido del art. 150.2 del COIP en la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, ya que establece una distinción irracional entre mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad, y genera una conducta penalmente punible que transforma a la reproducción en una carga desproporcionada para las mujeres y un factor generador de desigualdad entre hombres y mujeres. Esto es mucho más grave si se considera que este artículo*

establece una pena privativa de libertad dirigida a las mujeres víctimas de violación, salvo la excepción contemplada, quienes deberían ser protegidas por el estado y recibir reparación de parte del mismo, en lugar de ser sujetas a un delito penal por no mantener un embarazo producto de una grave violación de derechos humanos como es la violación”.

- 62.** Añaden que *“con la vigencia de la frase que se alega inconstitucional, por un lado, se perpetúa la idealización de la maternidad como destino manifiesto, instinto e inclinación natural de la mujer y por otro lado refuerza la creencia de que el aborto es un asesinato. De esta manera se promueve la consideración de que las mujeres que no desean ser madres son seres antinaturales, perversos, e incompletos; se mantiene la creencia de que la crianza de las y los hijas/os es responsabilidad únicamente de las mujeres, lo que permite que el maltrato a las mujeres que buscan atención post-aborto sea una práctica común y que la denuncia por parte de los profesionales de salud a las mujeres por aborto sea vista como una obligación legal y moral, a pesar de que esta divulgación constituye delito”.*
- 63.** Manifiestan que *“hay dos formas de discriminación como efecto del artículo 150.2 del COIP. Una discriminación directa hacia las personas con discapacidad intelectual, en tanto se utiliza un criterio no razonable que no persigue un fin legítimo y como consecuencia del uso de este criterio se impide que otras mujeres sin discapacidad que se encuentran en la misma situación de violencia sexual puedan decidir sobre la interrupción del aborto. Y una discriminación indirecta, en cuanto refuerza los estereotipos de incapacidad de las mujeres con discapacidad de tomar decisiones sobre su vida sexual y reproductiva y de ejercer el cuidado.”*
- 64.** Por último, expresan que *“al forzar a una niña, mujer, adolescente y persona con capacidad de abortar a mantener un embarazo fruto de la violencia, que constituye una perpetuación de violencia tortuosa como es la sexual, no se garantiza el derecho a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener, más bien, se culpa y revictimiza a la mujer por la violación, se la obliga a someterse a abortos clandestinos lo cual conlleva a sanciones penales por no gestar, y en otros casos, se la obliga a mantener una maternidad forzada con las consecuencias tortuosas que una violación implica”.*

4.6. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 25-21-IN

- 65.** La accionante solicita a la Corte Constitucional que declare inconstitucional a la norma impugnada, al ser contrario a los artículos 66 numeral 3 literales b) y c), 35 y 46 numeral 4 de la CRE.
- 66.** Afirma que *“una de las consecuencias de la violación sexual en cualquier mujer en edad reproductiva, independiente de su capacidad física o mental es un embarazo no deseado, que puede convertirse en una nueva forma de tortura o someterla a tratos crueles y degradantes, al tener que enfrentar un sistema judicial*

revictimizante gestando obligatoriamente el producto de un hecho violento. El proceso judicial lejos de convertirse en la realización de la justicia, como reza la Constitución del Ecuador, se pervierte en un mecanismo de nuevos traumas”.

67. Señala que *“las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas víctimas de violación sexual para acceder al aborto, independientemente de su capacidad mental o física, pone en riesgo su vida y es una forma de sometimiento a nuevos sufrimientos mentales o físicos”.*
68. Finalmente, alega que *“cuando el Código Orgánico Integral Penal protege a las mujeres discapacitadas mentalmente concediéndoles la posibilidad de abortar cuando el embarazo es producto de violación sexual, sin que dicha asistencia sea otorgada a la generalidad de las mujeres y niñas que también son víctimas, se produce una discriminación que las pone en desventaja al momento de acceder a la justicia”.*

4.7. Fundamentos de la acción y pretensión del caso N° 27-21-IN

69. Las accionantes sostienen que la disposición impugnada es inconstitucional, toda vez que *“[l]a exclusión de las mujeres y niñas víctimas de violación de las causales de no punibilidad del aborto en el artículo 150 del COIP, constituye un trato discriminatorio, por ser injustificado e irrazonable”.*
70. Realizan un test de proporcionalidad de la distinción entre *“las mujeres víctimas de violación que tienen una discapacidad mental y las mujeres que no”.* En este determinan que *“el fin perseguido por las normas que tipifican el delito de aborto es, en general, la protección de la vida desde la concepción”,* pero aluden que este fin es incompatible con la Constitución. Añaden que *“[e]l legislador, si bien pretende proteger el derecho del embrión a la vida, al establecer una separación entre las mujeres víctimas de violación y aquellas víctimas que padecen una discapacidad mental, incurre en una disposición que no es idónea, puesto que no cumple su cometido de evitar el aborto; únicamente lo vuelve clandestino y obliga a las mujeres violadas, que no padecen una discapacidad mental, a abortar en condiciones insalubres y atentatorias contra su integridad física”.*
71. Como parte del mencionado test, señalan que *“la disposición normativa que discrimina a las víctimas de violación por su capacidad mental, constituye una afectación innecesaria y desproporcional para intentar garantizar el derecho a la vida de un embrión. Este daño gravísimo ocasionado a las niñas y mujeres condenadas a someterse a abortos en condiciones insalubres, no encuentra justificación constitucional alguna. Por lo tanto, se trata de una disposición injustificada, discriminatoria y contraria a la Constitución de la República y a los estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.*

72. Manifiestan además que la distinción entre mujeres con y sin discapacidad mental, establecida en la norma impugnada, *“resulta irrazonable e ilógica, partiendo del hecho innegable que ambas mujeres se encuentran, a efectos de lo que le interesa a ese artículo en igualdad de condiciones: ninguna pudo consentir una relación sexual y por tanto, el producto de la misma”*.
73. Aducen que, *“[s]i se pretende no criminalizar a aquellas mujeres que por tener discapacidad no podría consentir en una relación sexual, tampoco debería criminalizarse a otras mujeres o niñas, que en razón de violencia o inmadurez, tampoco pudieron dar ese consentimiento. El tratamiento diferente, carente de justificación, en contra de mujeres y niñas que al igual que las mujeres con discapacidad no pudieron consentir en el embarazo, y que les genera a las primeras una situación desfavorable en el ejercicio de sus derechos a la salud, vida, integridad personal, vida privada y libertad personal, es, a todas luces discriminatorio, y por tanto, inconstitucional”*.
74. Enfatizan que, de acuerdo con distintos organismos internacionales derechos humanos, el embarazo forzado, la tipificación del delito de aborto, la negación o postergación de un aborto seguro, y la continuación forzada del embarazo *“son formas de violencia en razón de género”* y que *“pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”*. Por lo que consideran que *“la despenalización del aborto en casos de violación para todas las mujeres es una medida que debe adoptar el Ecuador para erradicar la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes contra las mujeres sobre todo en casos de violación. Se debe eliminar toda restricción al aborto que interfiera de manera irrazonable en el ejercicio de la totalidad de los derechos humanos de la mujer y que la coloque en un estado de revictimización”*.
75. Finalmente, argumentan que *“[l]os instrumentos internacionales que integran el bloque de constitucionalidad ecuatoriano establecen varias obligaciones que decantan en la exigibilidad de despenalizar el aborto en casos de violación para todas las mujeres”*.

4.8. Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador

76. En su escrito de 12 de marzo de 2020, Santiago Salazar Armijos, en calidad de Procurador Judicial del Presidente de la Asamblea Nacional del Ecuador, manifiesta que es necesario puntualizar las razones que llevaron al legislador a limitar el acceso al aborto en caso de violación, *“si bien la violación es un acto deleznable de repudio y rechazo por parte de la sociedad, el aborto se constituye en un acto aún mayor que limita el derecho de una persona que todavía no puede decidir por sí misma”*.
77. Señala que en nuestra legislación, en armonía a los instrumentos internacionales de derechos humanos, se protege la vida desde la concepción, para lo cual, se remite a la sentencia de la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica*.

78. Afirma que la Corte IDH respecto al artículo 4.1 de la CADH que se refiere al derecho a la vida, ha interpretado que no reconoce el derecho absoluto a la vida antes del nacimiento, es decir, desde el momento de la concepción. Sin embargo, aclara que dicho caso se refiere a la fecundación *in vitro* y analiza el alcance a la vida que da la Corte IDH desde la concepción. En este sentido, afirma que *“la Corte [IDH] entendió que el término concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (...), por la cual consideró que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones. En consecuencia, la referencia del caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica, se refiere el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción, independientemente de que ello sea producto de una violación”*.
79. Señala que nuestra legislación es garantista y protege la vida desde la concepción al *“afirmar que el ser humano es persona desde el momento de la concepción”*, y que esta sería la idea central de la postura mayoritaria, pues *“a partir de ello se desprende el estatuto jurídico y moral que se asocia al nasciturus”*.
80. Indica que la Constitución reconoce el derecho a la vida desde la concepción (Art. 45) *“es decir, si el feto goza del derecho a la vida, es constitucionalmente protegido, entonces encargarle al legislador su protección resulta superfluo, pues ya se encuentra protegido por el inciso primero del artículo mencionado”* y por el artículo 66 numeral 1 de la CRE.
81. Explica la tesis de la exigibilidad diferenciada según Bascuñán, concluyendo que la diferenciación entre la protección constitucional de la vida del *nasciturus* y la protección del derecho a la vida es sistemática y valorativa, y lo relevante es la exigibilidad diferenciada del deber de abstenerse de matar al *nasciturus* en relación con la exigibilidad del deber de abstenerse de matar a otro. En tal sentido, afirma que *“proteger al nasciturus y permitir el aborto en ciertos casos se considera no solo como algo compatible sino como un resultado obligado a partir de la ponderación de intereses y derechos constitucionalmente protegidos”*.
82. Manifiesta que la legislación penal en aplicación de la norma constitucional ha establecido condiciones con relación al aborto no punible específicamente para garantizar la protección de los derechos de las personas y grupos de atención prioritaria reconocidos en el artículo 35 de la CRE. Al respecto, afirma que *“las personas o grupos que a partir de estos factores, sufren de inseguridad, riesgos en cualquier aspecto de su desarrollo como personas y como ciudadanos, se encuentran en una situación de desventaja frente al reconocimiento, goce y*

ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales; y que, por lo mismo, no requieren vanas concesiones sino derechos viables y óptimos”.

83. Alega que la excepción prevista en el artículo 150 numeral 2 del COIP corresponde a la aplicación directa de la norma constitucional al proteger a mujeres con discapacidad mental y víctimas de violencia sexual, mismas que se encuentran en situación de doble vulnerabilidad; por lo que, dicho artículo garantiza el derecho a la vida en aplicación del artículo 45 de la CRE y del artículo 4.1 de la CADH.

4.9. Argumentos de la Presidencia de la República

84. Mediante escritos presentados el 11 de diciembre de 2019 y 26 de abril de 2021, Johana Pesantes Benítez, en calidad de Secretaria General Jurídica de la Presidencia de la República, manifiesta que es necesario considerar lo dispuesto por el artículo 45 de la CRE a la luz del artículo 4.1 de la CADH y valorar si lo argumentado por las accionantes sobre la aplicabilidad directa de las recomendaciones de los informes de Comités de Derechos Humanos “*constituyen obligaciones de hacer o no hacer, claras, expresas o exigibles*” de conformidad a lo dispuesto por el artículo 93 de la CRE y el artículo 52 de la LOGJCC.
85. Manifiesta que las recomendaciones internacionales citadas por las accionantes surgen como consecuencia del monitoreo de cumplimiento de convenciones del Sistema Universal y que son actos de naturaleza recomendatoria. Así, a su criterio, estas hacen referencia a modificar la legislación vigente sobre el aborto en Ecuador; sin embargo, considera que todo cambio normativo debe realizarse a través del proceso legislativo de conformidad con el artículo 132 y subsiguientes de la CRE.
86. Señala que el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano sí contempla la violencia sexual y la violación como delitos de grave afectación a los derechos humanos y como una vulneración directa a la integridad sexual y reproductiva, que existen agravantes específicas en el artículo 48 del COIP y que se ajustaría a lo dispuesto por la Corte IDH en el caso *Rosendo Cantú y otra vs México*.
87. Afirma que los argumentos de las accionantes no son claros respecto de la relación que existe entre lo reconocido por la Corte IDH en el caso *Rosendo Cantú y otra vs México* y alguna inconsistencia o contradicción con los artículos 149 y 150 del COIP.
88. Sostiene que el supuesto de malformaciones del feto que han señalado las accionantes en su demanda y por cualquier otra afección relacionada con la salud de la mujer embarazada puede encontrarse abarcado en el supuesto contenido en el numeral 1 del artículo 150 del COIP. Sin embargo, solicitan a la Corte que si considera que la misma supone una restricción que pudiese vulnerar derechos se realice la modulación de la misma en el contexto de complicaciones de salud durante el embarazo.

89. Señala que frente al supuesto del incesto solicitado por las accionantes, no es un tipo penal vigente en el Ecuador, por lo que “*no cumple con el principio de legalidad*” y no podría ser considerado en el análisis.

4.10 Argumentos de la Procuraduría General del Estado

90. En su escrito de fecha 12 de diciembre de 2019, Marco Antonio Proaño Durán, en calidad de Director Nacional de Patrocinio y delegado del Procurador General del Estado, manifiesta que los argumentos de la demanda “*carecen de contundencia y son por demás difusos*” por ejemplo, cuando mencionan la inseminación artificial y no establecen si sería *in vitro*, artificial o incluso producto de un contacto carnal. Asimismo, indica que son imprecisos, puesto que la mal formación del feto ya se encuentra contemplada en la posibilidad de recurrir a un aborto cuando la salud de la mujer embarazada se encuentre en peligro de conformidad con el artículo 150 numeral 1 del COIP.
91. Señala que la figura del incesto no está tipificada en el COIP, razón por la que la Corte Constitucional no podría pronunciarse respecto de una conducta que no está contemplada expresamente en la ley.
92. De igual manera, la Procuraduría alega que la Corte Constitucional debe considerar “*imperativamente*” que no cabe la despenalización del aborto de manera amplia, abierta e injustificada como una posibilidad discrecional de la mujer para interrumpir voluntariamente el embarazo, “*sino exclusivamente dentro de los parámetros lógicos, justos y equilibrados que se hallan desarrollados sobre la base de la casuística contemplada en la legislación nacional, misma que guarda a la vez coherencia con los instrumentos internacionales*”.
93. Respecto a las observaciones y recomendaciones formuladas por los organismos internacionales manifiesta que poseen un carácter referencial y no son de acatamiento obligatorio y que de conformidad con el artículo 424 de la CRE no es aceptable que toda recomendación o informe de un organismo internacional, sin distinción, prevalezca sobre la CRE, más aún cuando existen posturas polarizadas en el mismo seno de las Naciones Unidas sin que exista “*una manera sencilla de determinar una definición que sea más favorable a los derechos humanos*”.
94. Por otro lado, argumenta que la Corte debe establecer el deber del Estado de garantizar la política de salud y asegurar las acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, en aras de salvaguardar la salud integral y la vida de las mujeres, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 45 de la CRE respecto de los derechos específicos de los niños, niñas y adolescentes que deberán ser reconocidos y garantizados, incluido el cuidado y la protección desde la concepción.

V. Análisis Constitucional

95. En función de las acciones presentadas y tomando en cuenta todos y cada uno de los argumentos vertidos en los *amici curiae*, esta Corte procede a pronunciarse respecto a la constitucionalidad, exclusivamente por el fondo, de los artículos impugnados del COIP.

5.1. Consideraciones previas sobre la libertad de configuración legislativa y la Asamblea Nacional

96. La Asamblea Nacional, como órgano de carácter representativo y legitimado por el poder democrático, constituye una de las instancias en la que se deliberan y logran consensos entre los diferentes actores de la sociedad sobre los temas relevantes para la ciudadanía a través del proceso legislativo.

97. En vista de que la Función Legislativa cuenta con legitimidad democrática y es el órgano representativo por antonomasia, la CRE establece en el artículo 120 numeral 6 como una de sus atribuciones el “*expedir, codificar, reformar, y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio*”.

98. En tal virtud, el legislador cuenta con libertad de configuración legislativa para el establecimiento de reglas, regulaciones, requisitos y procedimientos dentro de la esfera de la legalidad, la cual sin duda es amplia². Así, en materia penal, el legislador tiene la potestad exclusiva para configurar los bienes jurídicos penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y el modo de las sanciones penales³.

99. La CRE, en su artículo 132 numeral 2, establece que “*tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes*” es parte de las materias reservadas al legislador orgánico. En concordancia, el artículo 76 numeral 3 consagra como garantía del debido proceso que “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)*” (énfasis añadido).

100. Ahora bien, esta libertad de configuración legislativa de la Asamblea Nacional no es ilimitada y sin restricciones, pues debe desarrollarse sin exceder sus potestades demarcadas en la CRE y circunscribirse a determinar aspectos de la esfera de la

² Incluso existen preceptos constitucionales que dirigen una orden expresa de desarrollo legislativo para que asuntos en específico se regulen por la ley. Corte Constitucional. Dictamen No. 002-19-OP de 19 de marzo de 2019, párr. 24.

³ Tribunal Constitucional de España. STC 11/1981, FJ 7). Corte Constitucional. Sentencia No. 6-17-CN/19 de 18 de junio de 2019. Ver también. Corte Constitucional. Sentencia 5-13-IN/19 de 02 de julio de 2019, párr. 69.

legalidad que no transgredan el marco constitucional ni restrinjan los derechos y garantías constitucionales.

101. El artículo 11 numeral 3 de la CRE dispone que “*para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución*”⁴. Esta conceptualización coincide con el artículo 11 numeral 4 de la CRE que se refiere al contenido de los derechos y determina que “*ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”.

102. Asimismo, el artículo 84 de la CRE dispone el deber del legislador de adecuar la legislación a lo establecido en la Constitución y tratados internacionales:

“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” (énfasis añadido).

103. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha precisado que “*la libertad de configuración del legislador se encuentra sometida a ciertos límites establecidos por la propia Constitución, de tal forma que no se trata de una libertad omnímoda o de una discrecionalidad sin controles [...] tales límites están definidos por los demás principios constitucionales [...] los cuales deben ser considerados por el Congreso al momento de adelantar el ejercicio de sus funciones legislativas*” (énfasis añadido)⁵.

104. De este modo, la libertad legislativa no es absoluta, puesto que debe ejercitarse dentro del marco de los principios y valores consagrados en la CRE y en respeto a los derechos constitucionales de las personas, no siendo posible que estos sean vaciados de contenido⁶.

105. La dignidad humana referida desde el preámbulo de la CRE⁷, así como en su artículo 11 numeral 7, es uno de los principales límites a la libertad de configuración

⁴ Véase, por ejemplo. Corte Constitucional. Dictamen No. 002-19-OP de 19 de marzo de 2019, párr. 22.

⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-828/2002 de 08 de octubre de 2002.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia No. 5-13-IN/19 de 02 de julio de 2019, párr. 69-70. De igual manera, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-420 de 2002, p. 22. Véase también, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-939 de 2009.

⁷ Conforme al preámbulo de la CRE “*NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador. (...) Decidimos construir (...) Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades*”. De igual manera, el artículo 11 numeral 7 de la CRE determina que “*el reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento*”.

legislativa, puesto que el Estado en su posición de garante debe proteger y garantizar los derechos y las condiciones mínimas de vida compatibles con la dignidad⁸.

106. En esta línea, el poder punitivo del Estado debe respetar los derechos de las personas racionalizando su ejercicio. Así, el *ius puniendi* únicamente será compatible con los principios, valores y fines del ordenamiento, si existe una utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal⁹.
107. Por lo tanto, el legislador debe considerar los principios de proporcionalidad y razonabilidad al momento de discutir y aprobar una ley penal¹⁰. Para el efecto, el criterio de proporcionalidad se relaciona con el principio de mínima intervención penal reconocido en el artículo 195 de la CRE¹¹, puesto que *“la sanción penal como máxima intervención en la libertad personal y en la dignidad humana –fundamentos axiológicos de este modelo estatal- debe ser estrictamente necesaria y está reservada a conductas de trascendencia social, y en todo caso debe ser proporcionada a la naturaleza del hecho punible”*¹².
108. El Tribunal Constitucional Español ha establecido que la proporcionalidad debe ser también analizada al momento de despenalizar una conducta, pues *“las leyes humanas contienen patrones de conducta en los que, en general, encajan los casos normales, pero existen situaciones singulares o excepcionales en las que castigar penalmente el incumplimiento de la Ley resultaría totalmente inadecuado; el legislador no puede emplear la máxima restricción -la sanción penal- para imponer en estos casos la conducta que normalmente sería exigible, pero que no lo es en ciertos supuestos concretos”* (énfasis añadido)¹³.
109. En consecuencia, al configurar las normas en el ámbito penal, corresponde al legislador aplicar los criterios de proporcionalidad y racionalidad dado que estos permiten evaluar si la ley penal guarda armonía con la protección y garantía de los derechos constitucionales.

⁸ Marcela Peredo Rodas, “El margen de apreciación del legislador y el control del error manifiesto. Algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del consejo constitucional francés y del tribunal constitucional alemán”. Estudios constitucionales vol.11 no. 2 (2013).

⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C355-06.

¹⁰ Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia ha ilustrado que la legislación penal *“no puede suponer una restricción desproporcionada de los derechos fundamentales en juego, no puede ser, por ejemplo, una medida perfeccionista por medio de la cual se pretenda imponer un determinado modelo de conducta a los asociados, tampoco puede suponer un total sacrificio de determinados valores, principios o derechos constitucionales de un sujeto determinado a fin de satisfacer el interés general o privilegiar la posición jurídica de otros bienes objeto de protección”*. Corte Constitucional Colombia. Sentencia No. C-496/15, par.3.4.

¹¹ Conforme al artículo 195 de la CRE *“la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas (...)”* (énfasis añadido).

¹² Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. C-355-06.

¹³ Tribunal Constitucional Español. Sentencia No. 53/1985, de 11 de abril de 1985.

110. De ahí que esta Corte advierte que la presente causa no radica en determinar la constitucionalidad o no del aborto consentido en el Ecuador, sino por el contrario en si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente penalización de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contraviene los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Resolución de problemas jurídicos:

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

111. El artículo 76 numeral 6 de la Constitución determina que *“la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”*.

112. En este caso, el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración legislativa, con el fin de concretizar el contenido del artículo 45 de la CRE, ha optado por mantener en el COIP, como delito, al aborto consentido, con excepción de que sea punible en aquellos casos en donde peligre la vida o la salud de la madre o se trate de una mujer violada con discapacidad mental.

113. De hecho, estos dos supuestos de excepción se encuentran despenalizados desde el Código Penal de 1938, aunque con términos distintos a los del actual COIP.¹⁴ Por lo que ahora, únicamente, corresponde determinar si la imposición de una sanción penal para las víctimas de violación sexual que no tienen una discapacidad mental, es proporcional y por tanto compatible con la Constitución.

114. Para resolver este problema jurídico, esta Corte estima necesario primero identificar los bienes jurídicos protegidos por el legislador con relación a la violación y al aborto consentido para, a partir de ello, poder determinar, si en efecto, lo establecido en el artículo 150 numeral 2 -leído de manera conjunta con lo dispuesto por el artículo 171 del COIP- los protege y si la sanción impuesta para el delito de aborto consentido en casos de violación es proporcional en los términos previstos en la CRE.

115. Así, el artículo 149 del COIP, establece sanciones privativas de la libertad tanto para la persona que haga abortar como para las mujeres que hayan consentido en ello. En tal virtud, el bien jurídico protegido es la protección de la vida del *nasciturus* como un valor constitucional en los términos del artículo 45 de la CRE. Por su parte, el artículo 150 del COIP, en sus dos numerales, establece excepciones a dicha

¹⁴ En Ecuador, ininterrumpidamente, desde el Código Penal de 1938, se han establecido expresamente como causales de aborto no punible los casos de peligro para la vida o salud de la madre; o, si el embarazo era producto de una violación o estupro cometido contra una *“mujer idiota o demente”*.

penalización y, en particular el numeral 2, reconoce la no penalización de mujeres con discapacidad mental que interrumpan su embarazo cuando hayan sido víctimas de violación. De este modo, esta Corte reconoce que el numeral 2 del artículo 150 del COIP no puede ser leído e interpretado de manera aislada sin considerar lo dispuesto por el propio COIP en su artículo 171, que tiene como bien jurídico protegido a la libertad e indemnidad sexual que se relacionan con la integridad personal de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación.

5.2.1. 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.

116. Para empezar este análisis es preciso mencionar que en la sección sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la CRE reconoce en su artículo 45, la protección constitucional de la vida como valor constitucional en los siguientes términos:

“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 (...)”.

117. A nivel del sistema interamericano, la CADH establece también, en su artículo 4.1, que *“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.*

118. En este punto, es importante comprender que nuestra CRE, entre los principios de aplicación de los derechos, establece que estos son inalienables, irrenunciables, **indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía.**

119. Las características de interdependencia e indivisibilidad implican que los derechos están vinculados entre ellos y que no pueden separarse unos de otros. De esta forma, *“el goce y ejercicio de un derecho está vinculado a que se garantice el resto de derechos; así como la violación de un derecho pone también en riesgo los demás derechos”*¹⁵. Es decir, el avance de uno de ellos facilita el de los demás y su privación afecta negativamente al resto. Por tanto, los derechos constituyen un todo intrínseco a la condición humana y no pueden ser ejercidos de manera parcial o dividida.

120. Asimismo, la CRE reconoce que *“todos los principios y los derechos son (...) de igual jerarquía”* lo que implica que no existen derechos de mayor o menor importancia en cuanto al respeto a la dignidad humana que los fundamenta. Así, el

¹⁵ Comisión Nacional de Derechos Humanos de México (2016). *Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos.*

constituyente ha previsto que no existe una primacía *ex ante* de un derecho sobre otro y que ninguno de ellos es absoluto¹⁶.

121. Precisamente la Corte IDH, en el caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, al interpretar el artículo 4.1 de la CADH, ha establecido que:

“Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula “en general” tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.

En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada “protección más amplia” en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella” (énfasis añadido)¹⁷.

122. De esta forma, aun cuando la protección a la vida desde la concepción es un valor primordial dentro de la Constitución, este no puede ser interpretado de forma aislada o absoluta, sino que debe ser entendido sistemáticamente con otros derechos y principios también reconocidos en la CRE¹⁸, en este caso con aquellos derechos de las mujeres que han sido violadas. En consecuencia, corresponde balancear y encontrar un apropiado equilibrio que permita la convivencia de los diversos derechos que reconoce nuestra Constitución.

¹⁶ Por ejemplo, desde el informe para primer debate de la Mesa 1 de la Asamblea Constituyente, conocido en la sesión de 19 de marzo de 2008, se estableció que **“la jerarquía no es más que la igualdad de los derechos, todos los derechos se encuentran al mismo nivel. Es decir, se rompe la primacía de unos derechos sobre otros, tal y del ejemplo, que los derechos civiles y políticos, eran concebidos como derechos que se encontraban sobre la educación o salud, que también son derechos, pero que se los concebía como meros servicios cuando en verdad son derechos”** (énfasis añadido).

¹⁷ 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.

¹⁸ Así, en Ecuador la comprensión legislativa de que la protección de la vida no es absoluta ha conllevado a que desde 1938 se hayan establecido causales en las que la interrupción voluntaria del embarazo no se ha penalizado. Precisamente, el hecho de que en determinadas circunstancias la interrupción voluntaria del embarazo no se ha penalizado desde hace 83 años, sin mayor cuestionamiento, evidencia que la protección constitucional de la vida del que está por nacer no ha sido entendida por el legislador de forma absoluta.

123. Aun cuando existen varios derechos en juego, como la vida y la autonomía de las mujeres, en el caso concreto -al tratarse de la penalización del aborto consentido exclusivamente en casos de violación- debemos considerar que este delito repercute y se encuentra directamente ligado al derecho a la integridad personal en sus distintas esferas.
124. La violencia contra las mujeres¹⁹ constituye una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales que han conducido a la dominación de la mujer y a su discriminación y han impedido su adelanto pleno, convirtiéndose en uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a las mujeres a una situación de subordinación respecto de los hombres²⁰. Al respecto, la Corte IDH ha determinado que la violencia contra las mujeres no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “*una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*” que trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, educación, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases²¹.
125. Dentro de las expresiones de la violencia sexual²², se encuentran los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, como el delito de violación. En el caso ecuatoriano, este ha sido definido y tipificado en el artículo 171 del COIP de la siguiente forma:

“Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete,

¹⁹ La Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (“**Convención de Belém Do Pará**”) define como violencia contra la mujer en su artículo 1 a “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”. El artículo 2 de esta Convención determina el alcance de la violencia en sus diferentes manifestaciones: “*Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) Que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c) Que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra*”.

²⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, del 20 de diciembre de 1993.

²¹ Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 118.

²² Además, la Corte IDH ha establecido que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno. En particular, la violación sexual constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima.

será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse. 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación. 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando: 1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente. 2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal. 3. La víctima es menor de diez años. 4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima. 5. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo, siempre y cuando no constituya violación incestuosa.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años” (énfasis añadido).

126. Respecto a la violación sexual, la Corte IDH ha establecido que ésta se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración²³:

“Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril. Al respecto, la Corte aclara que para que un acto sea considerado violación sexual, es suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea, en los términos antes descritos. Además, se debe entender que la penetración vaginal se refiere a la penetración, con cualquier parte del cuerpo del agresor u objetos, de cualquier orificio genital, incluyendo los labios mayores y menores, así como el orificio vaginal. Esta interpretación es acorde a la concepción de que cualquier tipo de penetración, por insignificante que sea, es suficiente para que un acto sea considerado violación sexual. Este Tribunal entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual”.

127. La tipificación del delito de violación reconoce como bien jurídico protegido a la libertad o indemnidad sexual, según sea el caso, los que a su vez se relacionan con el derecho a la integridad de las personas que hayan sido víctimas de la conducta típica, para sancionar al responsable y reparar y garantizar sus derechos.

128. En este sentido, la violación sexual afecta directamente al derecho a la integridad personal, además del libre desarrollo de la personalidad -en su componente de

²³ Véase, en Corte IDH, Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 359. Asimismo, Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 25 de noviembre de 2006, párr. 311.

libertad sexual- y el derecho a tomar decisiones libres sobre la sexualidad y vida sexual.

129. Respecto del derecho a la integridad, reconocido en el artículo 66 numeral 3 de la CRE, este comprende los siguientes aspectos o dimensiones:²⁴

1. **integridad física** a la preservación de la totalidad del cuerpo y de las funciones de sus partes, tejidos y órganos. Por tanto, toda acción que vaya en desmedro de la conservación del cuerpo humano o afecte la función de sus órganos atenta contra esta dimensión de la integridad, lo cual incluye también inducir al consumo de medicación y/o sustancias de todo tipo.
2. **integridad psíquica o psicológica** a la conservación del ejercicio autónomo y saludable de las facultades motrices, intelectuales y emocionales. Así, por ejemplo, formas de hostigamiento, manipulaciones afectivas, inducir a recordar situaciones dolorosas o traumáticas, entre otras pueden afectar la integridad psíquica.
3. **integridad moral** a la facultad de los seres humanos de proceder conforme las convicciones personales. En este sentido, forzar a una persona a realizar actividades que vayan contra su sistema de valores y autonomía individual, aun cuando no constituyan delito u obligar a la práctica de un culto diferente, por ejemplo, podrían ser situaciones que impliquen una afectación a la integridad moral.
4. **integridad sexual** comprende la protección de la autonomía de toda persona respecto de su corporalidad y genitalidad y el consentimiento en la participación en actos sexuales o con connotación sexual. Así, toda acción u omisión conducente a realizar actos con connotación sexual en contra de voluntad de la persona atenta contra esta dimensión de la integridad.

130. Teniendo en cuenta estos parámetros, se puede afirmar que la violación de niñas, mujeres y adolescentes es un acto atentatorio contra su integridad en todas sus dimensiones, puesto que produce graves secuelas físicas, psicológicas, sexuales, morales y sufrimiento en las víctimas, menoscabando su intimidad, autodeterminación sexual, su dignidad y hasta su vida. De hecho, la Corte IDH ha señalado que, en determinadas situaciones, la violación sexual puede constituir, incluso, una forma de tortura de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto²⁵.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21, 24 de marzo de 2021, párr. 70.

²⁵ La Corte IDH en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*, siguiendo la definición establecida en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, entendió que constituye un acto de tortura el maltrato que cumple con los siguientes requisitos: i) es intencional; ii) causa severos

131. De igual manera, esta Corte observa que el Comité de la CEDAW²⁶, el Comité contra la Tortura²⁷ y el Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, inhumanos o degradantes²⁸ se han pronunciado en el sentido de que el embarazo forzado, la penalización del delito de aborto por violación y la negativa de brindar asistencia a las niñas, adolescentes y mujeres en esta condición vulneran sus derechos y pueden constituir una forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante.
132. Generalmente, en los casos de violencia sexual, el victimario utiliza la fuerza, amenazas, amedrentamiento o manipulación para anular el consentimiento de las víctimas y cosificar su cuerpo para el acto sexual. Por lo que, produce en las víctimas de violencia sexual sentimientos de impotencia e incapacidad para

sufrimientos físicos o mentales, y iii) se comete con determinado fin o propósito. Asimismo, véase, Corte IDH, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 120.

²⁶ Conforme a la CEDAW, Recomendación general No. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19, párr. 18, determina que “*las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante*”.

²⁷ El Comité contra la Tortura en sus observaciones finales de 2016 respecto de Ecuador, en su párr. 45, estableció que “*en vista de los altos índices de violencia de género y violencia sexual que se registran en el país (...), preocupan al Comité las restricciones al aborto establecidas en la legislación penal del Estado parte, que sólo permite la interrupción voluntaria del embarazo cuando peligre la vida o la salud de la mujer y ese peligro no pueda ser evitado por otros medios y cuando el embarazo sea consecuencia de la violación de una mujer con una discapacidad mental (...). El Comité observa con preocupación el serio riesgo que dichas restricciones comportan para la salud de las mujeres víctimas de una violación que deciden abortar, así como las consecuencias penales que pueden derivarse, que incluyen penas de prisión tanto para las mujeres que se someten a abortos como para los médicos que los practican*” (énfasis añadido). De igual manera, el Comité contra la Tortura ha señalado que: “*el principio a la dignidad y el derecho a no estar sometida a tratos crueles inhumanos y degradantes implican que la mujer no puede ser forzada a adoptar comportamientos en su vida reproductiva contra su voluntad, como el embarazo forzado, la negativa a proveer servicios de aborto terapéutico, la terminación forzada del embarazo y, particularmente, la continuación forzada del mismo*” (Véase en Comité contra la Tortura 42 periodo de sesiones 101).

²⁸ El Relator especial de Naciones Unidas sobre la tortura ha advertido que: “*la existencia de leyes muy restrictivas, que prohíben los abortos incluso en casos de incesto, violación, deficiencia fetal o cuando está en riesgo la vida o la salud de la madre, vulneran el derecho de las mujeres a no ser sometidas a tortura o malos tratos*” y específicamente añadió que los Estados tienen “*la obligación afirmativa de reformarlas leyes restrictivas sobre el aborto que perpetúan la tortura y los malos tratos al negar a las mujeres el acceso al aborto y la asistencia en condiciones de seguridad*”. (Véase en, CDH. Observación General 28. La igualdad de derechos entre hombres y mujeres). Asimismo, manifestó que, de acuerdo con múltiples órganos internacionales y regionales de derechos, los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva o la denegación de estos, pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género. (Véase en, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, A/HRC/31/57).

defenderse, afectando directamente al control y autonomía sobre su propio cuerpo, el lugar más íntimo donde reside la identidad. Producto de ello, en la mayoría de casos, la violencia sexual produce síndromes de depresión, ansiedad, tristeza, estrés postraumático, conductas autolesivas, trastornos alimenticios, entre otras afectaciones a la salud mental que pueden prolongarse durante toda la vida e incluso -en situaciones más extremas- conllevar al suicidio de la propia víctima²⁹.

- 133.** A estas graves secuelas se suma que, en ocasiones, como resultado de la violación sexual, se produce también un embarazo no deseado. Esto implica más consecuencias para la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual.
- 134.** En primer lugar, compromete su cuerpo nuevamente y las revictimiza, pues les son impuestas las transformaciones físicas y fisiológicas comunes a cualquier embarazo y sobre las cuales no tienen control³⁰. En segundo lugar, les somete a posibles riesgos médicos vinculados a complicaciones derivadas del embarazo y la labor de parto, sobre todo en caso de niñas y adolescentes. En tercer lugar, al continuar forzosamente con un embarazo no deseado producto de una violación, se incrementan los trastornos emocionales y psicológicos asociados a la depresión, humillación, vergüenza e impotencia durante las etapas de la gestación³¹. Finalmente, tiene consecuencias sociales, pues el embarazo ocasionado por violación generalmente provoca estigmatización y falta de apoyo de sus familias y acarrea que muchas niñas, adolescentes y mujeres en etapa de escolaridad abandonen sus estudios y cambien su proyecto de vida³².

²⁹ Véase, Organización Mundial de la Salud (2002). Informe mundial violencia y salud, Catalogación por la biblioteca de la Organización Panamericana de la Salud. Informe mundial sobre la violencia y la salud: resumen Washington D.C.: OPS.

³⁰ Tribunal Constitucional de Chile, Rol No. 3729-2007. Sentencia, 28 de agosto de 2017. De igual manera, Luigi Ferrajoli señala que *“la norma que sanciona como delito la interrupción voluntaria del embarazo es la única norma penal que no se limita a una proscripción, es decir, a la prohibición de una conducta, sino que impone una larga y gravosa serie de obligaciones: la obligación de convertirse en madre contra la propia voluntad y por lo tanto de sufrir no sólo el embarazo y el parto sino una verdadera alteración de la vida, desde la obligación de criar y mantener un hijo hasta la renuncia a proyectos de vida distintos, de estudio y de trabajo”* (énfasis añadido) (Entrevista al profesor Luigi Ferrajoli sobre la cuestión del aborto. Recuperado desde: <http://www.derecho.uba.ar/derechoaldia/notas/entrevista-al-profesor-luigi-ferrajoli-sobre-la-cuestion-del-aborto/+7201>).

³¹ Precisamente, según estudios de UNICEF, el embarazo forzado y la violencia sexual en mujeres de 10 a 19 años son los principales factores que motivan las conductas suicidas.

³² Un estudio señala que en 2015, 25.400 adolescentes de 15 a 19 años quedaron embarazadas, lo que produjo que 6.487 de ellas abandonaran sus estudios, de las cuales el 56% estaba cursando la educación básica. (Ministerio de Salud Pública, Secretaria Nacional de Planificación, UNFPA, *et al.* (2017). *Costos de Omisión en Salud Sexual Reproductiva en Ecuador*).

Además, de acuerdo con datos presentados por ONU Mujeres en 2020, el 49.3% de los nacimientos en Ecuador corresponden a madres adolescentes. Asimismo, según el Ministerio de Salud Pública, “Ecuador es el tercer país, a nivel de la región, con la tasa más alta de embarazo en adolescentes (10-19 años)”. En 2010, 3.864 niñas menores de 14 años fueron madres en el Ecuador, producto de violencia sexual. En 2016, el 11% de muertes maternas en el país, correspondió a adolescentes.

135. En consecuencia, la maternidad forzada de víctimas de violación atenta, entre otros, contra (i) la **integridad física**, pues menoscaba la libre disposición y goce de su cuerpo y puede ocasionar alteraciones orgánicas de carácter permanente y semipermanente. Asimismo, genera una doble victimización y afecta su derecho a la autonomía y control de su cuerpo y su vida; (ii) la **integridad psíquica**, pues genera severos traumas y problemas de salud mental que pueden perdurar a lo largo de la vida de las niñas, adolescentes y mujeres; (iii) la **integridad moral** pues provoca un rechazo social y familiar hacia ellas, afecta su autoestima y genera sentimientos de vergüenza y humillación; y, (iv) la **integridad sexual** limitando su autonomía y control de su sexualidad y reproducción.
136. Adicional a estas afectaciones, se agregan también aquellas relacionadas con sus derechos sexuales y reproductivos, así como su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad³³. Todos derechos directamente relacionados entre sí y que implican la posibilidad de decidir, manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a su persona, los cuales la individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad³⁴.
137. Así, esta Corte reconoce y enfatiza que las mujeres, como titulares de los derechos a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a tomar decisiones libres sobre su sexualidad y vida sexual, ejercen autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables, sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros³⁵.
138. En este sentido, la maternidad forzada en casos de violación anula también el derecho al libre desarrollo de la personalidad y la autonomía reproductiva de las mujeres, quienes son despojadas completamente del control de su sexualidad y reproducción. Es decir, se les priva de libertad para ejercer su sexualidad de manera saludable, sin ningún tipo de abuso, coerción, violencia o discriminación, así como de la capacidad para decidir si tener o no hijos, la cantidad y el espaciamiento entre ellos, el tipo de familia que quieren formar, y a acceder a información y planificación para hacerlo acorde a su voluntad.

³³ La CRE protege su derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, su vida y orientación sexual (Art. 66 numeral 9) así como su derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener (Art. 66 numeral 10). Así también, el derecho al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el artículo 66 numeral 5 de la CRE.

³⁴ Corte Constitucional, sentencia No. 751-15-EP/21 de 17 de marzo de 2021.

³⁵ En tal sentido, en decisiones anteriores, esta Corte ha establecido que “*toda decisión que afecte cuestiones que sólo interesan a la propia persona debe estar libre de intervenciones arbitrarias*”. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 751-15-EP/21 de 17 de marzo de 2021, párr. 117.

5.2.2. Proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en casos de violación

139. Una vez examinados los bienes jurídicos protegidos por el legislador, podemos entonces analizar si este, en efecto, realizó una ponderación adecuada de los derechos contenidos en la Constitución y si por consiguiente la sanción penal impuesta a las mujeres que interrumpen su embarazo producto de una violación, pero que no tienen una discapacidad mental, cumple con los criterios de ser una medida idónea, necesaria y proporcional para la consecución de un fin constitucionalmente legítimo³⁶.
140. Para esta Corte, en general en este caso, el fin de la tipificación del delito y su pena es la disuasión del cometimiento de la conducta. Así, el legislador ha tipificado como delito el aborto consentido para evitar, justamente, que las mujeres lo practiquen y con ello proteger al *nasciturus*.
141. En principio, dado que la medida busca proteger un valor constitucional contenido en la CRE, como es la protección a la vida del *nasciturus*, podría considerarse que se trata de una medida con una **finalidad constitucionalmente válida**. No obstante, aun teniendo un objetivo constitucional, no basta simplemente con invocar la protección del *nasciturus* por sí sola, pues para restringir los derechos de las personas, en este caso los de las mujeres víctimas de una violación que han sufrido afectaciones graves a su derecho a la integridad, deben existir razones de peso que justifiquen de forma exhaustiva cómo, para este caso, el uso del poder punitivo del Estado no es arbitrario o excesivo al punto que vacía de contenido a sus derechos constitucionales.
142. Respecto al criterio de **idoneidad**, este Organismo no verifica que la imposición de una sanción penal sea, en sí misma, conducente a lograr el fin perseguido por el legislador de proteger al *nasciturus*, por las razones que se exponen a continuación.
143. En primer lugar, dadas las graves implicaciones que esta Corte ha evidenciado que existen ante un embarazo producto de una violación, la imposición de una sanción penal no evita que las mujeres violadas incurran en la conducta que se pretende impedir. En realidad, no existen evidencias reales ni objetivas de que la criminalización de esta conducta constituya una medida persuasiva. Al contrario, la medida promueve que la conducta se realice por parte de muchas mujeres en la clandestinidad y con procedimientos de alto riesgo que ponen en peligro su salud y su vida. Además, impide que ante situaciones de emergencia acudan a hospitales o centros de salud por temor a ser denunciadas³⁷.

³⁶ Al respecto, véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 11-18-CN/19, 12 de junio de 2019.

³⁷ Al respecto, esta Corte observa que conforme a la Observación General No. 26 al PIDCP de 3 de septiembre de 2019: “*Los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente*”

144. Según datos de la Organización Mundial de la Salud³⁸, en los países en desarrollo cada año hay alrededor de 7 millones de mujeres que son hospitalizadas como consecuencia de una interrupción voluntaria del embarazo realizada sin condiciones de seguridad. Asimismo, 3 de cada 4 abortos realizados en América Latina fueron realizados de forma insegura, lo que expone a las mujeres a la afectación grave de su salud e incluso a la muerte³⁹. Conforme al Ministerio de Salud Pública, un 15.6% del total de muertes maternas en Ecuador corresponden a abortos realizados de forma clandestina⁴⁰.
145. En consecuencia, al no conseguir el fin propuesto, la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación evidencia ser una medida inadecuada que genera afectaciones y perjuicios a otros derechos constitucionales.
146. En segundo lugar, la Corte Constitucional enfatiza que la criminalización de esta conducta y la imposición de una pena privativa de libertad no constituye la única manera de hacer efectiva la protección constitucional de la vida del no nacido. En tal sentido, del artículo 45 de la CRE no se desprende ninguna obligación estatal de punición o criminalización de las mujeres víctimas de violación.
147. Al contrario, para concretizar la protección constitucional del *nasciturus* -de forma efectiva y respetuosa con los demás derechos y valores consagrados en la Constitución- pueden existir otras medidas más idóneas. Así, por ejemplo, un adecuado diseño de políticas públicas y medidas legislativas de tipo prestacional que, en determinadas circunstancias, podrían proteger de mejor forma el fin que persigue el legislador con la configuración actual del tipo penal en cuestión.

si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable. Además, los Estados partes no pueden regular el embarazo o el aborto en todos los demás supuestos de manera contraria a su deber de velar por que las mujeres y las niñas no tengan que recurrir a abortos peligrosos, y deberían revisar en consecuencia la legislación pertinente (...). Los Estados partes deberían eliminar los obstáculos existentes al acceso efectivo de las mujeres y las niñas a un aborto sin riesgo y legal, incluidos los derivados del ejercicio de la objeción de conciencia por proveedores individuales de servicios médicos, y no deberían introducir nuevas barreras.(...) Los Estados partes también deberían proteger eficazmente la vida de las mujeres y las niñas contra los riesgos para la salud mental y física asociados con los abortos practicados en condiciones de riesgo” (énfasis añadido).

³⁸ Véase, por ejemplo, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>

³⁹ Conforme a la OMS “los abortos peligrosos que se practican en las condiciones menos seguras pueden ocasionar las siguientes complicaciones: aborto incompleto (es decir, no se retiran o se expulsan del útero todos los tejidos embrionarios); hemorragia (sangrado abundante); infección; perforación uterina (el útero es atravesado por un objeto afilado); traumatismos del aparato reproductor o los órganos internos debidos a la introducción de objetos peligrosos tales como varillas, agujas de tejer o vidrios rotos en la vagina o el ano”. (OMS. Prevención del aborto peligroso, 25 de septiembre de 2020. Recuperado desde: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Planv. “Ecuador: 15% de las muertes maternas se deben a abortos clandestinos”. Recuperado desde: <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-15-muertes-maternas-se-deben-abortos-clandestinos>

148. Por otro lado, respecto a la **necesidad** de la medida, a juicio de esta Corte, existen alternativas menos gravosas para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, en este caso, la protección del *nasciturus*.
149. En tal sentido, esta Corte enfatiza que el derecho penal de acuerdo con nuestra CRE se debe guiar por el principio de mínima intervención penal que determina que el Estado no debe sancionar penalmente todas las conductas que puedan ser consideradas antisociales, sino únicamente en aquellos casos donde existe un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o los individuos transgrediendo las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad. De modo que la coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de *última ratio*.
150. La Corte Constitucional de Ecuador, en la sentencia 001-18-SIN-CC, ha señalado:

“la intervención del Estado por medio de su poder punitivo no es la única medida que puede ser utilizada para la protección de derechos constitucionales; y, sobre todo, debe ser una medida excepcional, escogida solamente si se demuestra su estricta necesidad respecto de otras medidas que logren el objetivo constitucional propuesto” (Énfasis añadido)⁴¹.

151. En la misma línea, la Corte IDH en el caso I.V vs. Bolivia estableció que:

“en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, la Corte considera que, la necesidad de criminalizar ciertas violaciones a dichos derechos, así como la evaluación de los casos en que una investigación por la vía penal resulta conducente, debe responder a un escrutinio acucioso y ponderado de las circunstancias del caso, toda vez que algunos tipos penales pueden ser abiertamente incompatibles con las obligaciones en materia de derechos humanos en tanto limiten o denieguen el acceso a la atención en salud sexual y reproductiva” (énfasis añadido)⁴².

152. Así también, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido que:

“la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir al Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales. En esta medida, la jurisprudencia legitima la descripción típica de las conductas sólo cuando se verifica una necesidad real de protección de los intereses de la comunidad. De allí que el derecho penal sea considerado por la jurisprudencia como la última ratio del derecho sancionatorio” (énfasis añadido)⁴³.

⁴¹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-18-SIN-CC, 27 de febrero de 2018.

⁴² Corte IDH, sentencia Caso I.V.* vs. Bolivia, de 30 de noviembre de 2016, párr. 300.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-365-2012 de 16 de mayo de 2012.

153. En el caso concreto, como ha quedado anotado previamente, esta Corte considera que efectivamente existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa de libertad para proteger al *nasciturus*. La interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación deviene como consecuencia de la existencia de un acto de violencia como un problema estructural y multidimensional⁴⁴, por lo que a consideración de esta Corte las medidas para evitar la interrupción voluntaria del embarazo deben estar focalizadas a erradicar la violencia contra la mujer, la prevención y sanción de los delitos de violencia sexual, fortalecer la educación sexual y desarrollar políticas integrales sobre salud sexual y reproductiva, eliminando estereotipos de género relacionados a consideraciones de inferioridad de la mujer.
154. Por otra parte, como ya quedó establecido, la penalización del aborto consentido en casos de violación lleva a las mujeres a practicarlo en circunstancias de clandestinidad que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad; por lo que, al provocar afectaciones a otros derechos constitucionales que tienen la misma jerarquía e importancia del valor constitucional que se pretende proteger, la medida se convierte en exceso gravosa. En otras palabras, nos encontramos ante una medida que con el afán de -supuestamente- proteger al *nasciturus* termina atentando contra la vida y la salud de la madre gestante víctima de un delito de violación, lo cual evidencia que tampoco constituye una medida necesaria para conseguir el fin perseguido.
155. Finalmente, respecto de la **proporcionalidad en estricto sentido** de la medida - vista como el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido- tampoco se encuentra que la sanción penal esté justificada pues, lo poco que logra la ley penal para proteger al *nasciturus* mediante la disuasión de la interrupción voluntaria del embarazo; no justifica lo mucho que se pierde al permitir el ejercicio del poder punitivo del Estado contra mujeres víctimas de violación en detrimento de su integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad.
156. Además, esta Corte considera necesario realizar ciertas puntualizaciones respecto de la penalización de niñas y adolescentes. Pese a que el aborto consentido en casos de violación constituye un delito penal aplicable, existen diferencias entre la responsabilidad de las niñas, adolescentes en conflicto con la ley penal y la responsabilidad penal en general. En virtud de que las niñas y adolescentes no han alcanzado su plena madurez y que es necesaria la existencia de una responsabilidad con un fuerte elemento educativo, el artículo 38 del COIP establece que “*las personas menores de dieciocho años en conflicto con la ley penal, estarán sometidas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*”.

⁴⁴ La violencia puede ser ocasionada por diversos factores como la pobreza, discriminación y la desigualdad en el goce y ejercicio de derechos en distintos ámbitos como el educativo, económico, social, laboral, acceso a servicios y la distribución inequitativa de los ingresos y recursos.

157. De este modo, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (“CONA”) determina que las niñas son absolutamente inimputables y que no se encuentran sujetas al juzgamiento y medidas socioeducativas previstas en esta ley⁴⁵. Mientras que las adolescentes infractoras efectivamente son responsables cuando cometen infracciones tipificadas en el COIP, siéndoles impuestas medidas socioeducativas que pueden ser tanto privativas como no privativas de libertad⁴⁶. Así, ante el cometimiento de este delito tipificado en el artículo 149 del COIP las adolescentes efectivamente pueden ser también privadas de su libertad mediante una medida socioeducativa como el internamiento en un centro de adolescentes infractores⁴⁷, sin perjuicio de que se adopten otras medidas adicionales.
158. De este modo, teniendo en cuenta los diferentes escenarios antes planteados, las graves consecuencias que conlleva una violación y la subsecuente maternidad forzada, los problemas de salud pública y las implicaciones de la imposición de una sanción privativa de libertad, la medida constituye un sacrificio desmedido e injustificado que solo las revictimiza y afecta en sus derechos constitucionales, sin que con ello se obtengan beneficios o se logre consolidar realmente una protección en favor del *nasciturus*. En consecuencia, se evidencia que, en la tipificación de este delito en casos de violación de mujeres sin una discapacidad mental, la balanza se inclina exclusivamente hacia el *nasciturus* dejando de lado la protección de los derechos constitucionales de las víctimas de violación, pese a que estos tienen igual jerarquía y aplicabilidad.

⁴⁵ Conforme al artículo 307 del CONA “los niños y niñas son absolutamente inimputables y tampoco son responsables; por tanto, no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socio - educativas contempladas en este Código. Si un niño o niña es sorprendido en casos que puedan ser considerados de flagrancia según el artículo 326, será entregado a sus representantes legales y, de no tenerlos, a una entidad de atención. Se prohíbe su detención e internación preventiva. Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código”.

⁴⁶ Conforme al artículo 306 del CONA “los adolescentes que cometan infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal estarán sujetos a medidas socio - educativas por su responsabilidad de acuerdo con las preceptos del presente Código”.

⁴⁷ Al ser el aborto consentido en casos de violación un delito sancionado con pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años, conforme al artículo 385 del CONA “(...) se aplicará la medida de amonestación y una o más de las siguientes medidas: a) imposición de reglas de conducta de uno a seis meses. b) Orientación y apoyo psico socio familiar de tres a seis meses. c) Servicios a la comunidad de uno a seis meses. d) Libertad asistida de tres meses a un año. e) Internamiento domiciliario de tres meses a un año. f) **Internamiento de fin de semana de uno a seis meses.** g) **Internamiento con régimen semiabierto de tres meses a un año**”. Al respecto, entre las medidas privativas de libertad previstas se encuentra el internamiento con régimen semiabierto que “es la restricción parcial de la libertad por la que el adolescente **ingresa en un Centro de adolescentes infractores, sin impedir su derecho a concurrir normalmente al establecimiento de estudio o de trabajo**”, mientras que el internamiento de fin de semana “es la restricción parcial de la libertad en virtud de la cual el adolescente **estará obligado a concurrir los fines de semana al Centro de adolescentes infractores, lo que le permite mantener sus relaciones familiares y acudir normalmente al establecimiento de estudios o de trabajo**”.

159. En función de lo expuesto, esta Corte encuentra que la sanción penal impuesta a las víctimas de violación, que no padecen una discapacidad mental, no es proporcional y por tanto es inconstitucional.

5.3. ¿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?

160. El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra reconocido en el artículo 66 numeral 4 de la CRE en los siguientes términos:

“Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”.

161. Asimismo, entre los deberes primordiales del Estado, el artículo 3 numeral 1 de la CRE reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación:

“Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales”.

162. Por otra parte, el artículo 11 numeral 2 de la CRE establece la prohibición de la discriminación:

“Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.

163. La igualdad y la no discriminación constituye un principio fundamental que se relaciona y extiende a todas las disposiciones constitucionales y de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por este principio, el Estado y todos sus órganos tienen el deber especial de erradicar, de *iure* o de *facto*, toda norma, actuación o práctica que genere, mantenga, favorezca o perpetúe desigualdad y discriminación, sin perjuicio de que en determinadas circunstancias puedan existir tratos diferenciados debidamente justificados de forma objetiva y razonable⁴⁸.

⁴⁸ Al respecto, sobre el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, véase las sentencias de 10-18-CN/19, 11-18-CN/19, 7-11-IA/19, 603-12-JP/19, 1894-10-JP/20, 751-15-EP/21, entre otras.

Conforme a la Corte IDH, no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de **justificación objetiva y razonable**”. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento

164. En el ámbito internacional, la Corte IDH ha determinado que la igualdad y no discriminación *“ha ingresado en el dominio del ius cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico”*⁴⁹. Asimismo, ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación⁵⁰.
165. Esta Corte ha establecido que la discriminación directa se materializa en aquellos casos en los que existe un trato desfavorable en perjuicio de una persona frente a otra, en circunstancias comparables. En este sentido, la práctica o norma aplicada al caso bajo estudio implicaría consecuencias jurídicas distintas para dos personas que se encuentran en una situación análoga⁵¹.
166. En el presente caso, las accionantes sostienen que el trato diferenciado establecido por el artículo 150 numeral 2 del COIP -entre las mujeres violadas *“que padezcan de una discapacidad mental”* y aquellas mujeres que no la tienen- es contrario al principio de igualdad y no discriminación. Así, consideran que la norma impugnada contraviene el principio de igualdad en sus dos dimensiones (como no discriminación y como no sometimiento), por cuanto *“introduce como criterio de distinción la discapacidad para diferenciar a las mujeres con discapacidad y mujeres sin discapacidad embarazadas como resultado de una violación”* y, en

jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. No habrá, pues, **discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas**. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y **que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma**, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Véase en Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84* de 19 de enero de 1984, párrafos 56 y 57.

⁴⁹ Corte IDH, Caso *Duque vs. Colombia*. Sentencia de 21 de noviembre de 2016, párrafo 91.

⁵⁰ Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. párr. 79.

⁵¹ Asimismo, con relación a la discriminación indirecta esta Corte ha establecido que esta *“se observa en aquellos casos en los que, si bien a primera vista la práctica o norma aplicada al caso, y que genera consecuencias jurídicas distintas es neutral, su impacto en un grupo determinado podría generar una consecuencia igualmente discriminatoria. De esta forma, aunque en principio no habría una diferencia en el trato, la situación estructural en la que se encontrarían estos grupos, conllevaría a una situación de discriminación”*. Corte Constitucional, sentencia No. 1894-20-JP, de 04 de marzo de 2020, párr. 53.

consecuencia, “*introduce una restricción a los derechos (...) de niñas y mujeres víctimas de violación, que no poseen una discapacidad*”.

- 167.** Con relación a la norma impugnada, esta Corte identifica que, en efecto, esta hace una diferenciación entre aquellas mujeres que tienen una discapacidad mental y aquellas que no y, a partir de dicha distinción, dispone diferentes consecuencias penales. Así, para aquellas mujeres violadas sin una condición de discapacidad mental que interrumpen voluntariamente su embarazo se establece una pena privativa de libertad, mientras que para las mujeres que tienen una discapacidad mental no se establece ninguna penalidad.
- 168.** Entonces, habiéndose verificado que existe un trato diferenciado, es necesario determinar si se trata de una diferencia justificada o de una que discrimina. Para ello, esta Corte analizará si existe un criterio objetivo para realizar tal distinción y si es así, determinará si la medida es idónea, necesaria, y guarda un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional (proporcionalidad)⁵².
- 169.** En principio, el trato diferenciado podría parecer justificado sobre la base de que se estaría protegiendo a un grupo de atención prioritaria ante su vulnerabilidad y su supuesta imposibilidad de brindar consentimiento⁵³. No obstante, analizada la norma, esta Corte encuentra varias razones que demuestran que no existe una justificación para el trato diferenciado.
- 170.** En primer lugar -independientemente de su condición o capacidad mental- en todos los casos se trata de mujeres que quedan embarazadas como resultado de una violación sexual. Esto quiere decir que todas las mujeres -con o sin discapacidad mental- se encuentran en similares circunstancias pues el elemento esencial y necesario para que se configure el delito de violación es la ausencia de consentimiento de la víctima.
- 171.** En consecuencia, la discapacidad mental no constituye una justificación constitucionalmente válida ni un criterio objetivo, pues al haber sido víctimas de violación sexual, en ninguno de los casos, medió el consentimiento ni influyó la capacidad mental de las víctimas. En otras palabras, resulta irrelevante analizar la capacidad mental de la víctima como presupuesto para la configuración del delito, pues si se ha configurado una violación, no existió consentimiento.
- 172.** En segundo lugar, es evidente que ambos grupos de mujeres ven vulnerados los mismos derechos constitucionales y sufren las mismas graves consecuencias y secuelas que acarrea una violación y que fueron ya analizadas en acápites previos de

⁵² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 7-11-IA/19 de 28 de octubre de 2019, párr. 31.

⁵³ Es necesario considerar que el legislador parte de una premisa equivocada al asumir que por el solo hecho de ser mujeres con discapacidad mental, ellas pierden toda su capacidad jurídica para adoptar decisiones y brindar consentimiento, cuando no necesariamente es así.

esta sentencia. Por lo que, la discapacidad mental de las mujeres violadas tampoco tiene una justificación válida relacionada a las consecuencias que acarrea el delito.

- 173.** En tercer lugar, la discapacidad mental no es la única situación de vulnerabilidad que enfrentan las mujeres; por lo que la protección hacia un grupo de atención prioritaria, ante un delito tan atroz que trae consigo un embarazo no deseado, tampoco puede ser una justificación constitucionalmente válida y suficiente para efectuar una diferenciación. De acuerdo con la Constitución, las niñas, adolescentes, las mujeres embarazadas, las mujeres en situación de movilidad, las mujeres privadas de libertad y las propias mujeres víctimas de violencia forman parte también de los grupos de atención prioritaria.⁵⁴ Por lo que, igualmente ellas tienen una protección constitucional especial por su vulnerabilidad y por consiguiente están en una situación de protección también equiparable a la de aquellas mujeres con una discapacidad mental.
- 174.** Es más, algunas mujeres pueden pertenecer a más de un grupo de atención prioritaria y enfrentar una doble o múltiple vulnerabilidad, estando en una situación aún más compleja y grave. En tal virtud, todas las mujeres víctimas de violación requieren la misma protección prioritaria, especializada y reforzada, y a su vez requieren también mecanismos diferenciados e interseccionales de protección de acuerdo con su condición y distintas necesidades.
- 175.** De hecho, todas estas mujeres -pertenecientes a grupos de atención prioritaria- tienen alta vulnerabilidad frente al delito de violación de acuerdo con las estadísticas. Según un estudio realizado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (“INEC”) en 2011⁵⁵, una de cada cuatro mujeres sufrió violencia sexual durante su vida. Según datos de la Fiscalía General del Estado (“FGE”), de 2015 a 2018 se denunciaron 18.184 violaciones, de las cuales el 80% corresponde a mujeres. Esto quiere decir que alrededor de 14.500 mujeres fueron violadas, lo que representa un promedio de 10 violaciones por día⁵⁶.
- 176.** Asimismo, según información de la FGE, del total de denuncias diarias de violación, el 7,5% corresponde a niñas menores de 9 años, el 40% entre 10 y 14 años, el 41,5% entre 15 y 24 años, el 4% de 21 a 29 años y un 7% a personas mayores. No obstante,

⁵⁴ Conforme al artículo 35 de la CRE “*las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad*” (énfasis añadido).

⁵⁵ INEC. (2011). Encuesta Nacional de Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres.

⁵⁶ El Telégrafo. (16 de noviembre de 2018). *Violencia de género, aborto y derechos humanos*. Extraído desde: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/columnistas/15/violencia-genero-aborto-derechos-humanos>

los casos denunciados únicamente constituyen el 10% de los casos ocurridos conforme a sus propias estimaciones⁵⁷.

- 177.** La vulnerabilidad y las características personales de las víctimas incrementan el riesgo de sufrir una violación. Así, por ejemplo, la pobreza, migración o que se trate de mujeres LGBTIQ+, mujeres privadas de libertad y particularmente niñas o adolescentes, entre otras, son factores que intensifican la problemática mencionada.
- 178.** En el país, diariamente, se registra un promedio de cuarenta y dos denuncias por violación, abuso y acoso sexual a niñas y adolescentes⁵⁸. Más aún, una de cada diez mujeres ecuatorianas es víctima de abuso sexual durante su niñez o adolescencia⁵⁹. Según la FGE, las niñas y adolescentes menores de 14 años son las principales víctimas de abuso sexual. En este sentido, UNICEF Ecuador ha reportado que el “65% de los casos de abuso sexual fueron cometidos por familiares y personas cercanas a la víctima”⁶⁰, y “de los familiares que abusaron, casi el 40% abusó varias veces de la misma víctima y el 14% lo hizo de manera sistemática”⁶¹. Por lo que, la violencia sexual se agudiza en las niñas y adolescentes⁶². De hecho, según los datos presentados por ONU Mujeres en 2020, el 49.3% de los nacimientos en Ecuador corresponden a madres adolescentes⁶³. Asimismo, según el Ministerio de Salud Pública, “Ecuador es el tercer país a nivel de la región con la tasa más alta de embarazo en adolescentes (10-19 años)”⁶⁴. En 2010, 3.864 niñas y adolescentes

⁵⁷ FGE (2017). El abuso sexual infantil en la mira de la Fiscalía, disponible en <https://www.fiscalia.gob.ec/el-abuso-sexual-infantilen-la-mira-de-la-fiscalia/>.

⁵⁸ Informe del General Carlos Alulema, Director Nacional de la Policía Judicial, 11 de mayo de 2019. El Comercio, (12 de mayo de 2019). “En Ecuador se registran 42 denuncias diarias por violación o agresión sexual”. Extraído de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-denuncias-abuso-sexual-menores.html>

⁵⁹ UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017. Extraído de: <https://www.unicef.org/ecuador/media/1191/file/Dossier%20informativo%20sobre%20la%20campaña%20#AhoraQueLoVes%20#DiNoMás.pdf>

⁶⁰ UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² Los centros educativos en el Ecuador también se han convertido en un peligroso espacio en el que comúnmente ocurren abusos sexuales. Según la Encuesta Nacional de Violencia contra la Mujer del INEC, doce de cada cien adolescentes experimentaron violencia en el ámbito educativo en 2019. De estos casos, el 6.3% fueron violencia sexual, de los cuales el 92.9% no fueron denunciados. El 35.1% de las niñas y adolescentes ecuatorianas que no dan aviso de su abuso sexual es por miedo de las consecuencias; el 27.4% es por vergüenza; el 19.1% por miedo a que no les crean; el 12.7% es debido a amenazas; y, el 5.7% se debe a otros motivos (Consejo Nacional para la Igualdad de Género, INEC, Ministerio del Interior y Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), (2014). La violencia de género contra las mujeres en el Ecuador: Análisis de los resultados de la Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las mujeres. Extraído de https://oig.cepal.org/sites/default/files/violencia_de_gnero_ecuador.pdf).

⁶³ ONU Mujeres. Educación, género y COVID-19, julio de 2020. Extraído desde: https://www2.unwomen.org/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/07/infografia_educacion_genero_y_covid.pdf?la=es&vs=3258

⁶⁴ Ministerio de Salud Pública. Plan Nacional de Salud Sexual y Reproductiva 2017-2021, 2017. Extraído desde: [https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SS%](https://ecuador.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/PLAN%20NACIONAL%20DE%20SS%20)

menores de 14 años fueron madres en el Ecuador, producto de violación. En 2016, el 11% de muertes maternas en el país, correspondió a adolescentes.⁶⁵

179. De modo que esta Corte encuentra que la justificación basada en la pertenencia a un grupo determinado de atención prioritaria tampoco constituye un criterio objetivo que explique un trato diferenciado entre mujeres víctimas de violación que han quedado embarazadas, ni justifica por qué no todas las mujeres víctimas de violación deban recibir igual nivel de protección y el mismo trato en la legislación penal impugnada, si las estadísticas demuestran que se encuentran en situación de grave vulnerabilidad.

180. En tal sentido, por las consideraciones expuestas, se evidencia que la configuración legislativa del tipo penal impugnado no cumple un fin constitucionalmente válido que parta de un criterio objetivo que justifique el trato diferenciado entre las mujeres víctimas de violación. Al contrario, se evidencia que, al momento en que aplica el poder punitivo del Estado a las mujeres que han sido víctimas de violación que interrumpen voluntariamente su embarazo sin tener una discapacidad mental, se produce una conducta discriminatoria grave que las revictimiza pues deben enfrentar un proceso y sanción penal.

181. De lo expuesto, esta Corte encuentra que la frase “*en una mujer que padezca de discapacidad mental*” del artículo 150 numeral 2 del COIP es inconstitucional y debe ser expulsada del ordenamiento; debiendo quedar el artículo redactado de la siguiente forma:

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.

182. Finalmente, esta Corte estima necesario dejar claro que por la redacción del artículo 150 del COIP, ante la declaratoria de inconstitucionalidad de su numeral 2, deja de ser punible el delito de aborto consentido en casos de violación para todos los sujetos activos del mismo, es decir tanto respecto de las mujeres que han sido violadas como del “*médico u otro profesional de la salud*” que realice el procedimiento.

183. Esta aclaración se hace necesaria con el fin de evitar que ante una interpretación equivocada los médicos y el personal de salud que brinden asistencia en la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación puedan ser sancionados, pues aquello no solo afectaría sus propios derechos constitucionales sino que además conllevaría una afectación al derecho a la salud de las víctimas de violación, quienes ante la carencia de personal médico que realice el procedimiento de forma segura, seguirían expuestas a clínicas y procedimientos clandestinos que solo provocan un grave problema de salud pública.

5.4. Penalización del aborto consentido en casos de incesto, graves malformaciones e inseminación forzada

184. En primer lugar, aunque la línea argumentativa de todas las demandas se centra mayoritariamente en la despenalización del aborto por violación, las accionantes enuncian brevemente que, a su consideración, la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo debería incluir otras excepciones, concretamente, respecto de incesto, inseminación forzada y malformaciones graves.

185. En relación con las alegaciones de las accionantes sobre el incesto, esta Corte observa que, aunque este puede constituir una forma particular de violencia sexual, en la regulación del COIP no existe, autónomamente, un delito penal de incesto sino que se penaliza la violación incestuosa⁶⁶. Por ello, en virtud de que en la violación incestuosa el embarazo también se produce sin el consentimiento de la víctima, dentro del análisis que esta Corte realizó sobre la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, debe entenderse también incluidas aquellas situaciones de incesto que constituyan un delito de violación incestuosa.

186. Por su parte, respecto de la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de inseminación forzada, este Organismo encuentra que, así como en los casos de violación con resultado de embarazo, esta gestación se produciría anulando el consentimiento de las mujeres. En tal sentido, se encuentra que esta conducta se podría enmarcar en el delito de violación pues su tipificación incluye la posibilidad de que este se produzca a través de la introducción de objetos vía vaginal. No obstante, dado que la inseminación forzada no se encuentra específicamente tipificada en el COIP y corresponde a la libre configuración legislativa, su constitucionalidad no puede ser analizada través de una sentencia que analiza la constitucionalidad de una norma concreta del COIP.

187. Finalmente, respecto de las alegaciones de las accionantes sobre otras posibles excepciones a la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo, como las malformaciones graves, esta Corte advierte que, si bien existen otros posibles casos

⁶⁶ Conforme al artículo 171.1 del COIP “*la persona que viole a un pariente que sea ascendiente, descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, será sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista en el artículo anterior. Si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años*”.

en los que existe tensión entre principios y derechos constitucionales, justamente, relacionados con la despenalización de otros escenarios en los que se efectúe una interrupción consentida del embarazo, su establecimiento y regulación pertenece a la esfera de la libre configuración legislativa. Por la enorme complejidad del aborto eugenésico, su alcance, procedimiento, requisitos, momentos y circunstancias requieren una configuración legislativa que sea producto de una amplia deliberación democrática por parte de los representantes del pueblo, basada en criterios técnicos y de salud pública, que puedan efectivamente garantizar los derechos establecidos en la Constitución⁶⁷.

188. Como ya se ha establecido en secciones anteriores de esta sentencia, la convivencia pacífica de los distintos derechos previstos en la Constitución requiere de ponderaciones y profundos análisis que permitan crear un justo equilibrio entre ellos, donde tanto las niñas, adolescentes y mujeres como el *nasciturus* reciban la protección que el constituyente les ha otorgado. En consecuencia, aquello no es posible hacerlo a través de una sentencia que analiza la constitucionalidad de una norma concreta del COIP⁶⁸.

189. En esa línea, esta Corte estima que la no inclusión de estas otras posibles excepciones al delito de aborto consentido por parte del legislador, no pueden ser consideradas *per se* inconstitucionales. No obstante, esta Corte sí reconoce la necesidad de que la Asamblea Nacional, en su deber de legislar a través de medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna y de aplicar la coerción estatal de forma justa, medida, ponderada y proporcional no puede omitir estos temas relevantes y rehuir su responsabilidad de legislar para procurar la defensa y protección de todos los derechos constitucionales⁶⁹.

⁶⁷ Al respecto, sobre decisiones en las que se ha dispuesto al legislador fijar la extensión y fecha límite para la interrupción voluntaria del embarazo y la determinación de cómo combinar las limitaciones temporales con diversas circunstancias, véase Corte Constitucional de Corea del Sur, Caso 2017Hun-Ba127.

⁶⁸ Esta Corte recuerda que la falta de claridad sobre los supuestos en los que la interrupción voluntaria del embarazo no es penalizada tiene severas repercusiones en la vida de las mujeres. Por ejemplo, en Irlanda, el reporte final de la investigación del caso Savita Halappanavar determinó que la falta de claridad de los supuestos en los que operaba la interrupción voluntaria del embarazo fue un factor que contribuyó a su muerte, pues no existía certeza de la aplicación de la ley en situaciones en que puede ser necesario que un profesional de salud interrumpa un embarazo. Aunque el embarazo no era viable, a Savita Halappanavar se le negó su interrupción pese a sufrir un aborto espontáneo a las 17 semanas, puesto que se percibían latidos del corazón del no nacido. Savita Halappanavar murió días después de un choque séptico. Véase, Feidhmeannacht na Seirbhíse Sláinte Health Service Executive. Final Report. Investigation of Incident 50278 from time of patient's self referral to hospital on the 21st of October 2012 to the patient's death on the 28th of October, 2012, p. 73.

⁶⁹ Esta Corte observa que existen recomendaciones de comités de la ONU, relatores, y otros organismos de la ONU a los Estados respecto no sólo de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, sino de la necesidad de legislación que garantice la salud sexual y reproductiva de las mujeres y su derecho a la vida, eliminando el aborto inseguro y estableciendo leyes y políticas públicas que permitan la interrupción del embarazo en, por lo menos, los siguientes casos: i) cuando la vida o salud de la mujer esté en peligro, ii) cuando exista inviabilidad del feto de sobrevivir, y iii) en los casos de violencia sexual, incesto e inseminación forzada, así como garantizar que las mujeres y adolescentes

VI. Efectos de la presente sentencia

190. Toda vez que la Corte ha determinado que la frase contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP (“*en una mujer que padezca de una discapacidad mental*”), es contraria a la CRE, corresponde establecer los efectos de la presente decisión.
191. Conforme establece el artículo 95 de la LOGJCC, la presente sentencia tiene “*efectos generales hacia el futuro*”, por lo que ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la frase declarada inconstitucional en los términos en los que esta Corte se ha pronunciado de conformidad al artículo 96 numeral 1 de la LOGJCC. Pese a ello, esta Corte estima necesario dejar claro que aquello no interfiere, de modo alguno, con la aplicación del principio de favorabilidad penal previsto en el artículo 76 numeral 5 de la CRE⁷⁰, mismo que deberá ser aplicado por las autoridades judiciales en aquellos casos en etapa preprocesal y procesal o en los que se haya dictado sentencia condenatoria por el delito que ha quedado expulsado del ordenamiento jurídico.
192. Adicionalmente, es preciso señalar que, una vez declarada la inconstitucionalidad por el fondo, el aborto consentido en casos de violación ya no podrá ser penalizado conforme lo prescrito por el artículo 149 del COIP.
193. Por otra parte, dado que esta sentencia realiza exclusivamente un control de constitucionalidad de la pena en casos de interrupción voluntaria del embarazo de mujeres víctimas de violación, corresponde al legislador generar un marco regulatorio apropiado que regle el aborto consentido en caso de violación. No obstante de aquello, la presente decisión -para garantizar los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de ese delito- tendrá efectos desde su publicación

tengan acceso inmediato a métodos anticonceptivos económicos, incluyendo la anticoncepción oral de emergencia, eliminando con ello los efectos discriminatorios en las mujeres de denegarles servicios, basados en estereotipos que reducen el rol primario de las mujeres a la maternidad y previenen que tomen decisiones sobre su sexualidad y reproducción. Así, por ejemplo, la Observación General No. 26 al PIDCP de 3 de septiembre de 2019 establece que “*aunque los Estados partes pueden adoptar medidas para regular la interrupción voluntaria del embarazo, estas no se deben traducir en la violación del derecho a la vida de la mujer o la niña embarazada, ni de los demás derechos que se les reconocen en el Pacto. Por lo tanto, las restricciones a la capacidad de las mujeres o las niñas de recurrir al aborto no deben, entre otras cosas, poner en peligro su vida ni someterlas a dolores o sufrimientos físicos o mentales de manera que se viole el artículo 7 del Pacto, ni suponer una discriminación contra ellas o una injerencia arbitraria en su vida privada. Los Estados partes deben proporcionar un acceso seguro, legal y efectivo al aborto cuando la vida y la salud de la mujer o la niña embarazada corran peligro, o cuando llevar el embarazo a término causaría dolores o sufrimientos considerables a la mujer o la niña embarazada, especialmente si el embarazo es consecuencia de una violación o incesto, o si no es viable*”.

⁷⁰ Conforme al artículo 76 numeral 5 de la CRE: “*En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora*”.

en el Registro Oficial. Por lo que, la falta de regulación no podrá ser pretexto para incumplir esta sentencia, ni sancionar a mujeres o médicos que interrumpan voluntariamente un embarazo producto de una violación sexual.

194. En esa línea, esta Corte estima necesario establecer parámetros mínimos a seguir por parte de jueces y tribunales -mientras no exista marco regulatorio- y para el legislador cuando desarrolle la normativa pertinente, con el único fin de garantizar los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación:

- a. En ningún caso, se podrá penalizar la interrupción voluntaria del embarazo por el hecho de que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de violación. Al respecto, esta Corte considera que tal exigencia constituiría un requisito que, en la práctica, promovería la maternidad forzada de las víctimas, pues mientras la gestación biológicamente dura un tiempo limitado, el proceso penal atraviesa una serie de etapas y cuenta con varias instancias que superan el tiempo de gestación. Por lo que, para tales efectos, deberá considerarse otras opciones como, por ejemplo, denuncia penal, examen médico o declaración jurada, mismas que deberán ser apropiadamente reguladas por el legislador.
- b. En los casos de niñas y adolescentes que no cuenten con autorización de su representante legal, las autoridades competentes (sanitarias, fiscalía, policía judicial, juntas cantonales de protección de derechos, defensoría del pueblo, entre otros) preverán mecanismos adecuados y confidenciales para que puedan realizar, ante las autoridades competentes -sin trabas y sin miedo a represalias- su denuncia, examen médico, declaración jurada o lo que corresponda conforme se determine normativamente. Esto con el fin de que puedan ser asistidas médica y psicológicamente ante un embarazo no deseado producto de una violación. Estas medidas son especialmente necesarias en los casos en que la violación se haya perpetrado dentro del círculo íntimo o familiar de la niña o adolescente donde sus victimarios ejercen poder sobre ellas y pueden incluso tener su representación legal.

Al respecto, debe tomarse en consideración que según ha establecido la Corte Constitucional en su sentencia N° 2691-18-EP/21, *“el aplicador del derecho, en el contexto de la administración de justicia de niños, niñas y adolescentes, está llamado a examinar y evaluar caso a caso las condiciones específicas del niño, niña o adolescente y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda en la determinación de sus derechos (...)”*.

- c. De conformidad con lo establecido por la Corte IDH en la sentencia de *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, la protección de la vida desde la

concepción es gradual e incremental según el desarrollo del *nasciturus*⁷¹, por lo que la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación requiere de una legislación que fije los límites objetivos y técnicos dentro de los cuales puede ser efectuada legalmente, lo que incluye la necesidad de fijación de un tiempo máximo de gestación permitido (semanas)⁷², pues no le corresponde a esta Corte fijar las limitaciones temporales para la interrupción del embarazo.

- d. Toda autoridad pública involucrada -en su ámbito de actuación- debe tomar en consideración los estándares y parámetros recomendados por el derecho internacional, así como por las organizaciones internacionales como la OPS o la OMS, y organismos internacionales como el Comité de la CEDAW, el Comité DESC, entre otros, para garantizar -dentro del marco de sus competencias- que sus actuaciones respeten y garanticen los derechos reconocidos en la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos. Además, debe tenerse en consideración que su implementación requiere no solo de una legislación adecuada, sino también de la implementación de políticas públicas para asegurar una atención médica, psicológica, legal y de trabajo social que sea inmediata, segura y digna para aquellas mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo.

195. Finalmente, habiendo quedado establecida la necesidad de un marco regulatorio apropiado, esta Corte Constitucional dispone que el Defensor del Pueblo -contando con la participación amplia y activa de la ciudadanía y de manera coordinada con los

⁷¹ Al respecto, la Corte IDH ha determinado que “*es posible concluir de las palabras “en general” que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general*”. 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. 264.

De igual manera, otros Tribunales Constitucionales han determinado que a lo largo de toda la gestación no existe un mismo nivel de protección, sino que esta es gradual e incremental. Así, la Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia 355-06, ha establecido que “*la protección de la vida del embrión o del feto, que también es una obligación del Estado, en tanto que principio de la vida humana y en tanto que protección a la mujer embarazada, no implica que la protección de éste deba ser la misma para el embrión humano, para el feto humano y para la persona humana. La protección del embrión y del feto en sus primeras etapas es la protección de la concepción como fenómeno que da inicio a la vida, la protección a la potencialidad que el óvulo fecundado representa, lo cual es a todas luces conforme con el principio de la dignidad del ser humano desde el momento en que éste lo es en potencia si bien aún no lo es en términos físicos, fisiológicos.*”.

⁷² Por ejemplo, en su decisión de 2019, la Corte Constitucional de Corea del Sur ha determinado que corresponde al legislador decidir, dentro de los límites fijados por aquella Corte, los aspectos puntuales sobre cómo la interrupción voluntaria del embarazo debe ser regulado, tales como el tiempo en el que la interrupción voluntaria del embarazo es legalmente posible y su fecha límite, así como determinar cómo las limitaciones temporales se combinan con las distintas excepciones a la protección del *nasciturus* para encontrar un adecuado balance entre la protección del *nasciturus* y los derechos constitucionales de las mujeres. Corte Constitucional de Corea del Sur, Caso 2017Hun-Ba127.

distintos organismos estatales- en el plazo máximo de **2 meses** contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare y presente un proyecto de ley para la interrupción voluntaria del embarazo en caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual que, sobre la base de los criterios establecidos en la presente sentencia y evidencia médica y científica, establezca condiciones y requisitos para que exista un adecuado balance entre la protección del *nasciturus* y los derechos constitucionales de las mujeres víctimas de violación. Este proyecto de ley deberá ser conocido y discutido -con los más altos estándares de deliberación democrática y respetando los criterios establecidos en esta decisión- por la Asamblea Nacional dentro del plazo máximo de **6 meses**, contados desde la presentación del proyecto de ley.

VII. Decisión

196. En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

- a. Declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal en la frase “*en una mujer que padezca de discapacidad mental*”.
- b. Disponer que el Defensor del Pueblo, contando con la participación activa de la sociedad civil y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 2 meses contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, sobre la base de los criterios establecidos en esta decisión. El Defensor del Pueblo deberá remitir a la Corte Constitucional del Ecuador la constancia de presentación del proyecto de ley ante la Asamblea Nacional al cumplirse el plazo de dos meses otorgado para su elaboración.
- c. Disponer que la Asamblea Nacional, en el plazo máximo de 6 meses, contados desde la presentación del proyecto de ley, conozca y discuta el proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo producto de una violación sexual, con los más altos estándares de deliberación democrática. En el marco de la tramitación y aprobación del proyecto de ley, la Asamblea Nacional deberá respetar los criterios y estándares generales establecidos en la presente sentencia para regular la interrupción voluntaria del embarazo en caso de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación sexual. La Asamblea Nacional, a través de su representante, deberá informar trimestralmente sobre el avance y cumplimiento de esta medida a partir de la recepción del proyecto de ley.

d. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Dr. Hernán Salgado Pesantes
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con siete votos a favor, de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Avila Santamaría (voto concurrente), Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado, Enrique Herrería Bonnet, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes; y, dos votos salvados de las Juezas Constitucionales Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez; en sesión ordinaria de miércoles 28 de abril de 2021.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

VOTO CONCURRENTENTE

Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría

1. Estoy de acuerdo con todos los argumentos y con la decisión en la sentencia aprobada con ponencia de la jueza Karla Andrade Quevedo. Me permito razonar mi voto para resaltar la importancia del caso y el avance jurisprudencial que la Corte Constitucional ha realizado al aprobar, con el apoyo de siete jueces y juezas, el fallo.

2. Este voto concurrente, como lo he explicado en otra causa¹, debe entenderse como un voto a favor tanto de la decisión como de las razones que lo sustentan. La justificación de este voto permite resaltar aspectos relevantes de la sentencia, profundizar argumentos, destacar la importancia del precedente que se aprueba, y, también, dar algunas razones en contra de las objeciones realizadas a la sentencia de mayoría.

3. El voto razonado lo dividiré en tres partes: (1) el contexto y la importancia del caso; (2) las objeciones realizadas al precedente jurisprudencial; (3) el objeto de la sentencia: despenalización del aborto por violación.

(1) El contexto y la importancia del caso

4. La sentencia, cuando realiza la ponderación de derechos, recoge datos sobre la situación de la mujer que interrumpe voluntariamente el embarazo.

5. Entre otros datos, 3 de cada 4 mujeres realizaron de forma insegura un aborto; el 15.6% de muertes maternas corresponden a abortos clandestinos²; 1 de cada 4 mujeres ha sufrido violencia sexual durante su vida; solo en denuncias (que no son nunca todos los hechos de violencia acaecidos), 14.500 mujeres fueron violadas, de esas personas el 47.5% corresponde a mujeres menores de 14 años; diariamente hay 42 denuncias por violencia sexual; 65% de los casos fueron cometidos por un familiar; hay un promedio de 10 violaciones por día; 3.864 niñas menores de 14 años fueron madres por violencia sexual y el 11% de muertes maternas correspondió a adolescentes.³

6. La sentencia no es ajena a algo que suelen olvidar quienes están contra del aborto: las múltiples violencias, estructurales y multidimensionales, que es víctima la mujer.⁴ En el caso que se trata, la mujer es víctima de violación, también del sistema penal al criminalizarla por el aborto y de los servicios clandestinos de salud:

¹ Corte Constitucional, Voto concurrente de la sentencia No. 365-18-JH/21, párrafo 5.

² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 144.

³ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 144, 176 y 178.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 153.

... tenía 13 años, comenzó a sentirse extraña y empezó a notar que su cuerpo cambiaba, pero no sabía lo que le pasaba... nunca recibió educación sexual... estaba embarazada de su padre... se deprimió y pensó en quitarse la vida, botándose de una quebrada...⁵

... sufrió violencia por parte del personal de salud... “cómo es posible que haya podido abrir las piernas antes y ahora para parir no quiere” ...⁶

... el agente policial... le preguntó cómo se había sentido durante las violaciones, si le había gustado, si las había disfrutado⁷.

...me dice desvístase... me hizo tomar unas pastillas y me puso unos como óvulos en la vagina... ...llegué a mi casa estuve recostada y sí que dolía, nunca he tenido cólicos, entonces sí fue doloroso, fue como que se te desgarraba algo por dentro...⁸

... me sedaron... ellos no te dicen nada con tal de que tú les pagues, hacen y ya, luego te dicen que hagas de cuenta que a ese lugar no... es algo feo, yo sentía como me iba sacando⁹.

... eso había sido la lavandería... había una camilla donde tú te acostabas y una camilla que era la camilla de operación, un baño horrible... te ponía anestesia general, sin haberte hecho ningún examen, ninguna prueba, nada, vos no sabes si te vas a despertar o no...¹⁰.

7. La clandestinidad para la práctica del aborto en casos de embarazo por violación “ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad.”¹¹ Por proteger al nasciturus se atenta contra la vida y la salud de la madre gestante y esto, como afirma la sentencia, es una medida “en exceso gravosa”¹²:

Cuando estaba en primer semestre de la Universidad aborté. Estaba desesperada, no quería ser madre, recién empezaba a estudiar. El día del aborto, tuve que encerrarme en el baño de la Universidad... Yo solo quería gritar del dolor, pero lloré en silencio. Como el dolor era insoportable, tenía miedo de que al llegar a la casa lo noté mi familia, entonces fui acostada en la parte trasera de un taxi hacia

⁵ Human Rights Watch (HRW), “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁶ HRW, “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁷ HRW, “Criminalización de las víctimas de violación sexual”, disponible en <https://www.hrw.org/es/report/2013/08/23/criminalizacion-de-las-victimas-de-violacion-sexual/el-aborto-ilegal-luego-de-una>.

⁸ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

⁹ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

¹⁰ Olga Cristina Rosero Quelal, *Amicus Curiae*, 5 de abril de 2021.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 154.

¹² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 154.

un hostel, aunque gritaba por dentro: llévenme a un hospital, ¡siento que me muero! Luego en el baño de esa habitación del hostel, sentía que me desangraba y después de un mareo intenso, pasó... El tiempo pasó, pero los gritos de dolor desde la clandestinidad permanecen. Actualmente, tengo terror de quedarme embarazada nuevamente. No disfruto completamente cuando tengo una relación sexual. Después de abortar, tuve una infección que duró años, y por la vergüenza y el miedo no acudí inmediatamente a la doctora. Tengo depresión y ansiedad, en algún momento tuve ideas suicidas.¹³

Hasta la actualidad, no me siento segura con mi cuerpo, me duele saber que en este país soy considerada un objeto, y mi existencia está condicionada por ser un cuerpo gestante¹⁴.

... en mitad del procedimiento desperté. Me dolía todo. Sentía como introducían las pinzas en mi cuello uterino y cómo se derramaban líquidos desde mi vagina. "No se mueva", "no se mueva que podemos perforarla" me decían. Mi cabeza daba vueltas y solo sentía un dolor intenso en el vientre y parecía que mi corazón se salía de mi pecho. No sé cuánto duró, pero fue una eternidad. Cuando terminó me llevaron a un cuarto con unas cinco camas más. Me dormí llorando. Desperté cuando otra chica llegaba a "descansar". No paraba de llorar... Le pregunté su nombre y me acerqué adolorida a ella. Nos abrazamos. Lloramos juntas y le dije "vamos a estar bien". Fue lo más humano que tuve durante el proceso¹⁵.

8. A veces los números nos hacen perder la sensibilidad y se pierde de vista que, atrás de cada cifra, existen mujeres de carne y hueso.

El día que aborté, corrí a la casa mientras me bajaba sangre por las piernas y tenía un dolor inmenso en el vientre... Si el aborto fuera legal, me hubiese sentido segura y además no me hubiese tomado pastillas, que nunca supe si afectaron mi salud y pase varias semanas sin dormir y con mucha tensión.¹⁶

Cuando aborté sentí que se me iba todo. Me dolía el alma y el cuerpo, hasta que no aguanté más y tuve que ir a un centro ginecológico, me hicieron un legrado porque no salió todos los restos del bebé, ese aborto fue por violación. Mi experiencia negativa fue que casi me muero desangrada o me podía quedar sin útero por los restos que quedaron del embarazo.¹⁷

9. Esas mujeres tienen vidas, sienten, sufren, mueren en la clandestinidad...

10. Sí. Muchas mujeres, por la penalización del aborto, mueren. Otras pierden para siempre sus proyectos de vida al ser privadas de la libertad.

¹³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁶ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

¹⁷ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

11. Argumentos en contra del aborto sostienen que el cigoto (célula resultante de la unión de un espermatozoide con un óvulo) es una vida humana y que el aborto es un asesinato. No es el espacio para discutir esta afirmación y creo que posiciones como la expresada son respetables. Considero, y esa es mi representación, que la vida de una persona no es comparable con la de un embrión. Sin embargo, cuando entran en conflicto los derechos entre estas dos formas de vida, se debe ponderar los derechos.

12. Aún si se considera que es un acto de violencia “matar” un cigoto y que es también violencia cuando muere una mujer violada por someterse a una práctica de aborto inseguro, las cifras apuntan a que hay más violencia (más muertes y más daño) cuando se criminaliza el aborto.

13. Despenalizar el aborto no significa que la Corte promueve el aborto ni que se está invitando a las mujeres a que aborten. Despenalizar el aborto significa valorar la vida y dignidad de las mujeres y prevenir su muerte. Si una de las finalidades del Estado es garantizar la vida, desde la perspectiva de la salud pública, se debe optar por el medio que menos daño produzca. Uno de los medios, es descriminalizar el aborto, que no es sinónimo en modo alguno a legalizarlo o promoverlo.

14. Si se compara el número de abortos producidos antes y después en países donde se ha descriminalizado el aborto, no hubo incremento del aborto.¹⁸ Por otro lado, la criminalización no impide que las mujeres sigan optando por abortar, sino que promueve la búsqueda de alternativas al aborto. Lo que provoca, según la Organización Mundial de la Salud (OMS), mayor morbilidad y mortalidad.¹⁹

15. Considero que este paso que ha dado la Corte Constitucional constituye una conquista histórica y jurídica por parte de los movimientos feministas del Ecuador y que el Estado tiene que brindar todas las condiciones para que las mujeres que abortan tengan acceso a un sistema salud digno y seguro, sin estigmatizas.

16. La Corte, una vez más, se decanta por la vida, por los derechos y por un Estado más inclusivo y menos violento contra las mujeres.

(2) Las objeciones realizadas al precedente jurisprudencial

17. Durante las diversas deliberaciones en la Corte, se esgrimieron diversas argumentaciones en contra de la decisión tomada por mayoría, sobre las que conviene argumentar, tal como se hicieron en los debates dentro de la Corte: i) la Corte asume competencias propias de la Asamblea Nacional, ii) la vida del *nasciturus* se protege mediante la criminalización del aborto y la interpretación literal de la norma constitucional, iii) existencia de una “agenda” en la Corte, iv) no hay regulación sobre

¹⁸ El caso de Holanda y Portugal es ejemplificador. En el caso de Portugal se compara con Brasil. Mientras en Portugal, país que despenalizó el aborto, disminuyó el número de abortos, en Brasil, país que criminaliza el aborto, aumento.

¹⁹ OMS. “Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud”, página 90.

todos los efectos de la sentencia y debería diferirse sus efectos; y v) la necesidad de una audiencia.

i) La Corte asume competencias propias de la Asamblea Nacional

18. La sentencia no evade uno de los debates más importantes para la comprensión del Estado y la democracia constitucional: la relación entre la función legislativa y la Corte Constitucional. La objeción democrática consiste en considerar que un “puño” de personas, a quienes se les designó como jueces y juezas, no tienen legitimación de origen (no son electos), no representan y deciden precedentes con fuerza normativa general.

19. La sentencia reconoce que la Función Legislativa “*es el órgano representativo por antonomasia*”²⁰, puede tipificar infracciones penales y tiene límites en el ejercicio de sus competencias. Entre los límites que señala la sentencia están la proporcionalidad, la mínima intervención penal y la armonía con la protección y garantías de derechos²¹.

20. Por su parte, la Corte Constitucional tiene la competencia para “*conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad.*”²² La esencia de esta competencia radica precisamente en la admisión de la posibilidad de que la Asamblea Nacional no respete los límites impuestos en la Constitución a su accionar legislativo.

21. La Corte Constitucional es garante de la Constitución. Si cualquier persona, entidad o función del Estado no respeta la Constitución, entonces la Corte puede declarar su violación mediante las acciones y garantías pertinentes.

22. La competencia para revisar la constitucionalidad de una ley, aún si se la aprueba por mayoría absoluta del Parlamento, forma parte de la Constitución y su ejercicio no significa una ruptura del orden jurídico, sino más bien una confirmación de la democracia constitucional que está vigente en el Ecuador.

23. Los derechos no se votan. Una mayoría parlamentaria no puede ni debe vulnerar derechos. Los derechos son límites a cualquier tipo de poder. Cuando los derechos no tienen la potencialidad de limitar los poderes, entonces el poder adquiere contornos que terminan acumulando poder, oprimiendo y vulnerando derechos.

24. Un conocido e importante profesor de derecho penal tiene una metáfora relacionada con el poder punitivo.²³ El poder punitivo es como las aguas turbias que anegan a una ciudad. Cuando las aguas no tienen límites arrasan la ciudad acabando con todo. Esos límites operan como diques inteligentes que permiten administrar las aguas de tal modo que la vida en la ciudad sea posible. Los límites son los derechos y garantías. La ciudad

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 97.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 107 al 110.

²² Constitución, artículo 436 (2).

²³ Eugenio R. Zaffaroni y otros, *Derecho Penal. Parte General* (Buenos Aires: Ediar, 2002) página 83.

es la democracia y las personas que la habitan. Quienes administran esos diques inteligentes, los derechos y garantías, son en general los juristas y en particular los jueces y juezas. Las aguas turbias son el poder punitivo (cárceles, allanamientos, detenciones arbitrarias, prisión preventiva sin justificación, condenas desproporcionadas, ejecuciones extrajudiciales, masacres).

25. De lo que se trató en este caso es discernir si el poder punitivo, abierto mediante la tipificación de un delito, abusa cuando criminaliza a una mujer que ha sido violada y ha abortado por negarse a tener una maternidad forzada. Corresponde a la Corte Constitucional poner un dique o permitir que el poder legislativo legisle en contra de una mujer violada y se la pueda encarcelar.

26. Cuando una Corte, con la mayoría que permite el sistema jurídico para aprobar una decisión, decide en contra de una ley vigente, resuelve su validez al contrastar la norma legal con la Constitucional. No es tolerable, por más mayoría que apruebe una ley, tener leyes vigentes que vulneran los derechos.

27. La Corte ejerce una competencia constitucionalmente reconocida. No usurpa la competencia legislativa. La Corte Constitucional está para respetar, garantizar y promover derechos. Dentro de ese marco, también delibera y tiene el deber de argumentar (motivar) la sentencia. Una sentencia sería, entonces, arbitraria si es que permite la violación de derechos, es producto de la imposición (independencia interna y externa) y no argumenta.

28. La sentencia que ha aprobado la Corte ha sido el efecto de mucho estudio y trabajo por parte de la jueza ponente, se ha nutrido de múltiples *amici curiae* a favor y en contra de la norma impugnada, ha recibido, en sus borradores y discusiones internas, comentarios, críticas y sugerencias.

29. La sentencia cumple, desde mi opinión, con todos los criterios para que se considere que cumple con la finalidad para la cual se otorgó competencia a la Corte para invalidar una norma aprobada por la Asamblea Nacional (proteger derechos) y tiene argumentos jurídicos sólidos y coherentes (motivación). La sentencia, mirando la realidad y las vidas de muchas mujeres víctimas de violación, aplica normas con enfoque de derechos conforme ordena la Constitución a la Corte.

30. Afirmar que la Corte no tiene competencia para invalidar una norma aprobada por la Asamblea Nacional simplemente por el hecho de no estar de acuerdo con el contenido de un fallo, demuestra falta de argumentos y un desconocimiento de las normas constitucionales y legales.

ii) La vida del *nasciturus* se protege mediante la criminalización del aborto y la interpretación de la norma constitucional

31. El *nasciturus* tiene derecho al cuidado y protección de la vida, lo reconoce la Constitución. Concretamente establece que “[e]l Estado reconocerá la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.”²⁴

32. La objeción asume que las palabras “*cuidado y protección*” se las realiza mediante la criminalización a la mujer violada que aborta. Y que, en consecuencia, la Corte ha reformado la Constitución saltándose el procedimiento constitucional.

33. Desde la simple lectura del texto constitucional, no existe, como se ha afirmado por quienes se oponen al fallo aprobado por mayoría, un mandato de criminalización y, más bien, es cuestionable considerar que la ley penal protege bienes jurídicos.

La ley penal no protege bienes jurídicos

34. La sentencia adopta la teoría de los bienes jurídicos²⁵ y considera que son “*la protección de la vida del nasciturus como un valor constitucional*”, al igual que “*la libertad e indemnidad sexual que se relacionan con la integridad personal de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación.*”²⁶

35. Comparto la teoría del bien jurídico en materia penal, siempre que se entienda como tal un derecho o un principio de rango constitucional. En este sentido, el bien jurídico es un dique más para limitar el poder punitivo estatal. Permitir que la justicia penal opere, o sea que el mecanismo más violento permitido del Estado entre en funcionamiento, tendría legitimidad si se lo hace cuando se han vulnerado derechos y principios reconocidos constitucionalmente.

36. La Función Legislativa no tendría legitimidad para crear cualquier tipo penal si es que no hay un bien jurídico reconocido constitucionalmente.

37. El sistema jurídico reconoce mecanismos para tutelar y proteger derechos. Los mecanismos específicos para prevenir, proteger y reparar derechos son las garantías constitucionales.

38. El derecho penal liberal no tutela ni protege derechos porque no está concebido – desde su origen y sus finalidades- para reparar a las víctimas de violaciones de derechos. El derecho penal interviene cuando hay derechos ya lesionados y para proteger a la persona procesada y condenada del poder punitivo.

39. En el derecho constitucional las víctimas son las protagonistas para exigir sus derechos y repararlos. En el derecho penal las personas procesadas y condenadas son las protagonistas para exigir no ser condenadas si son inocentes o tener una pena proporcional si son culpables.

²⁴ Constitución, artículo 45.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 114.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 115.

40. Por lo dicho, considero que la función legislativa puede, mediante la ley penal, intervenir cuando se lesionan bienes jurídicos que están reconocidos en la Constitución. De lo contrario, ley penal carecería de legitimidad.

41. Ahora bien, por el principio del derecho penal mínimo establecido en la Constitución, conviene establecer si la criminalización es un medio o un fin para cuidar y proteger al *nasciturus* y si hay otros medios menos lesivos a los derechos para garantizar esos mandatos constitucionales.

El derecho penal como un medio no como un fin

42. La norma constitucional, que establece el mandato de “*cuidado y protección desde la concepción*”²⁷, tiene algunos elementos que merecen ser comentados: las obligaciones del Estado, el derecho a la vida, el momento desde el cual comienza la obligación.

43. La Constitución establece un mandato de fin: el cuidado y protección. La Constitución no establece el medio para cumplir ese fin. Al no establecer los medios, se entiende que las autoridades del Estado, en particular quienes representan la función ejecutiva y quienes conforman la función legislativa, tienen un amplio margen de apreciación para escoger los medios siempre que cumplan con el fin establecido constitucional.

44. El medio escogido debería ser el que garantice de manera más efectiva el cumplimiento del fin. La efectividad tiene que ver con la satisfacción del derecho con el menos coste posible. El coste tiene que ver con no sacrificar innecesariamente otros derechos y también con la mejor utilización de los recursos y servicios públicos. En este sentido, si el medio escogido vulnera derechos, genera sufrimientos, ocasiona desperdicio de recursos públicos y provoca más daños que beneficios, entonces ese medio debe ser abandonado y debe buscarse otros medios menos lesivos.

45. El escogimiento de medios, en particular cuando se trata de derechos reconocidos constitucionalmente, debe tomarse en serio, basarse en datos, y debe encuadrarse en un marco conceptual acorde con las normas y principios constitucionales.

46. Como bien establece la sentencia, “*del artículo 45 de la CRE no se desprende ninguna obligación estatal de punición o criminalización de las mujeres víctimas de violación.*”²⁸

Otros medios no penales para proteger la vida del nasciturus

²⁷ Constitución, artículo 45.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 146.

47. La sentencia sugiere, con propiedad, que un medio idóneo para proteger la vida del *nasciturus* y de las mujeres que han sufrido violencias es el diseño de políticas públicas.²⁹

48. Utilizar el sistema penal para proteger, como se explica más adelante, es una ficción y, en lugar de proteger derechos, lo que hace es multiplicar el dolor y sufrimiento de la gente. Urge esa política pública basada en derechos que tome medidas apropiadas y eficaces para prevenir las violencias.

49. Varias agencias de Naciones Unidas han recomendado medidas, que no son penales, para proteger la vida.

50. Entre ellas, la elaboración e implementación de una política pública integral sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, el acceso a la información en materia de planificación familiar, la educación sexual integral basada en derechos y evidencia científica (no en miedos y culpas), el acceso a servicios de salud sexual y reproductiva, la aplicación de planes y estrategias de acción nacional, la promulgación de leyes que prohíban violencia de género, la adopción de medidas para prevenir abortos en condiciones de riesgo, la prestación de asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos, el acceso a medicamentos, equipos y tecnologías para la salud sexual y reproductiva, el aseguramiento a mecanismos de tutela efectiva de derechos.³⁰

51. En pocas palabras, “*la despenalización del aborto, junto con una reglamentación adecuada y la prestación de servicios seguros y accesibles, es el método más expeditivo para proteger íntegramente el derecho a la salud contra posibles violaciones cometidas por terceras partes*”.³¹

El derecho penal como solución a problemas sociales

52. La sentencia invoca el principio de mínima intervención penal y establece “*que la coerción estatal penal no puede ser vista como la solución para toda situación, pues por su afectación a la libertad el derecho penal es de última ratio*.”³²

53. La afirmación realizada en la sentencia nos lleva a preguntar, por un lado, si la prohibición del aborto ha podido prevenir embarazos no deseados o proteger al *nasciturus*; por otro, si más bien lo que ha producido es más daño que beneficio. Los datos recogidos en la sentencia demuestran que no ha logrado ninguno de esos objetivos. Las mujeres siguen acudiendo a lugares clandestinos y poco seguros y las cifras demuestran que hay más muertes y daños con la prohibición.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 147 y 194.

³⁰ 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.

³¹ Asamblea General de Naciones Unidas, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3 de agosto de 2011.

³² Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 149.

54. Cuando el poder punitivo produce un daño mayor al que produce un delito, entonces no es legítimo y debe evitarse. El principio de mínima intervención obliga a buscar otras soluciones.

55. La tipificación de delitos y la persecución penal no son mecanismos eficaces para resolver problemas sociales, como la violencia contra las mujeres e, incluso, el alto índice de abortos.

56. La mortalidad materna, los abortos no deseados, la prevención de los embarazos, la maternidad forzada son problemas sociales que se deben resolver con políticas públicas basadas en derechos, no con tipos penales ni con represión. La injusticia social no se resuelve con justicia penal.

La interpretación de la Constitución

57. Como se ha afirmado, la Constitución establece un mandato de cuidado y protección al *nasciturus*. En el mismo texto constitucional, además, la mujer tiene derecho a la vida, la salud, a la autonomía, “*a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.*”³³

58. Existe, pues, una tensión entre dos derechos. Innegable. Según una de las posiciones defendidas en las deliberaciones de la Corte, la norma es clara y no cabe interpretación. Además, la mirada es hecha exclusivamente desde la perspectiva del *nasciturus* sin consideración alguna a los derechos de la mujer. Esta mirada miope sin duda denota un argumento incompleto. La Corte, en la decisión de mayoría hace lo que corresponde cuando hay tensión entre derechos: ponderar.

59. Previo a la ponderación, el gran marco en el cual la sentencia pone el análisis constitucional, y estoy absolutamente de acuerdo, es la interdependencia, indivisibilidad e igual jerarquía de los derechos.³⁴ La conclusión es que no existen derechos absolutos³⁵ y, en consecuencia, cabe la ponderación de derechos en el caso para “*balancear y encontrar un apropiado equilibrio que permita la convivencia de los diversos derechos que reconoce nuestra Constitución.*”³⁶ La interpretación es, como debe ser, no a partir de una norma aislada sino desde la integralidad y de forma sistemática.

60. La aplicación de principio de proporcionalidad y la ponderación realizada por la jueza ponente en la sentencia es ejemplar. Por un lado, reconoce los derechos que están en juego. Por otro, con datos proporcionados por organizaciones internacionales,

³³ Constitución, artículo 66 (10).

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 118 y 120.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 121.

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 122.

establece los hechos y las consecuencias que tiene la tipificación de delitos en las mujeres.

61. La sentencia realiza, además, un contundente análisis entre la despenalización del aborto cuando se trata personas con discapacidad que han sido víctimas de violación y de otras mujeres, ante igual hecho violento, que no tienen discapacidad.

62. El criterio para considerar que están en semejante situación no debe ser la discapacidad, sino el consentimiento.³⁷ El primer criterio termina siendo discriminatorio y restringe el ejercicio de derechos. El segundo, el consentimiento, es inclusivo y promueve el ejercicio de derechos. Ambos grupos de mujeres violadas, con o sin discapacidad, sufren la violencia del delito, y también “*las mismas graves consecuencias y secuelas que acarrea una violación.*”³⁸

63. Las mujeres que han sido violadas no deben soportar el peso de la persecución penal. No solo que no es justo sino desproporcionado. Implica la multiplicación del dolor, inseguridad, revictimización y vulneraciones a sus derechos. Las consideraciones de estas voces abonan al ejercicio de ponderación realizado por la Corte en su sentencia de mayoría:

*Yo odiaba la idea de tener hijos por violación y me desgraciaron la vida. Si fuera legal, yo pudiese escoger si lo quiero o no, aunque nadie entiende que tener el hijo de un violador es lo más repugnante y cruel.*³⁹

*...la violó... su madre no le creyó, lo que recibió fue una bofetada por "mentirosa". No hubo denuncia. Hubo silencio. Ahora ella es madre...*⁴⁰

*Ya ha pasado más de un año y no sé por qué sigo llorando. De repente, mientras estoy haciendo cualquier cosa, lloro y no puedo controlarlo. Me tiembla el cuerpo, me siento mal... sucia, avergonzada... la violación es una herida que no sana nunca. No importa que te hayan violado hace diez años, duele ahora...*⁴¹

*Mi segunda violación fue por parte de mi hermano, tenía 15 años... mi papá respondió que era mi culpa...*⁴²

64. Al final, la legislación ecuatoriana ya ha despenalizado el aborto cuando ha admitido el aborto en ciertas causales. Lo que hace la Corte es evitar una discriminación sin justificación entre mujeres violadas con discapacidad y mujeres sin discapacidad, y adecuar el sistema jurídico a los prescrito en la Constitución y evitar tratos discriminatorios que acaban vulnerando derechos. La tarea que debió haber hecho el

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafos 132 y 169.

³⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 172.

³⁹ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁴⁰ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁴¹ Nancy Carrión Sarzosa, *Amicus Curiae*, 25 de abril de 2021.

⁴² Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

legislador de eliminar las normas discriminatorias, le correspondió, por las demandas presentadas, a la Corte.

iii) Existencia de una “agenda” en la Corte y el activismo

65. En las deliberaciones se afirmó la existencia de una agenda y que algunos jueces y juezas están haciendo un “*check list*”. Además, se sostuvo que algunos jueces y juezas hacen “activismo judicial.”

66. Los miembros de la Corte han demostrado, mediante la jurisprudencia desarrollada hasta el momento, que, si hay alguna agenda, tiene que ver con la resolución conforme a derecho de causas remitidas y admitidas por la Corte. Las causas provienen de múltiples peticionarios y no por interés o presión de los jueces y juezas. Muchas de las causas, como la aprobada en este caso, fueron admitidas con anterioridad a la posesión de los actuales jueces y juezas, y todas las causas fueron sorteadas de forma aleatoria.

67. La Corte ha ido resolviendo las causas, en primer lugar, de acuerdo al orden cronológico y, en segundo lugar, de conformidad con las priorizaciones aceptadas por la mayoría del Pleno de la Corte. Las priorizaciones tienen que ver no solo con asuntos en los que están involucradas personas de la tercera edad o que tienen enfermedades catastróficas, sino con asuntos de relevancia nacional.

68. La causa que acaba de aprobar la Corte, sin duda alguna, por el interés que han demostrado los movimientos sociales y los medios de comunicación, pero por sobre todo, por la situación de aquellas mujeres que han sido criminalizadas por abortar en casos de violación y quienes están expuestas al riesgo de morir a causa de atenciones médicas en lugares clandestinos, es un asunto de relevancia nacional.

69. Cada una de las juezas y jueces que están en la Corte han demostrado que, en lugar de “agenda”, lo que tienen es una comprensión del derecho, abierta y transparente, que se refleja en cada uno de los casos se discuten y aprueban. Aplicar el derecho a los casos sometidos al conocimiento de la Corte, no puede ser considerado como una “agenda”.

70. El término “activismo judicial” que se ha usado de modo peyorativo en la Corte, y fuera de ella, con el ánimo de descalificar ciertas posturas jurídicas de algunos jueces y juezas, lo que denota es la vocación por la aplicación y el desarrollo de los derechos reconocidos en la Constitución.

71. Cada juez y jueza, en los proyectos en los que se es ponente por sorteo, defiende su posición. Las posiciones, como constan en las sentencias, los múltiples votos salvados y concurrentes, reflejan teorías y convicciones jurídicas sobre distintos temas. La defensa jurídica de un proyecto, que tiene una visión del derecho, no debería entrar en la concepción peyorativa de la palabra “activismo”.

72. Si defender una teoría del derecho cuando se interpretan los hechos de un caso a la luz de la Constitución significa “activismo jurídico”, entonces todos los jueces y juezas sin excepción lo serían. Si se acusó de activismo a unos jueces y juezas, entonces quienes objetaron, por sus razones jurídicas y sus concepciones sobre la vida, también serían activistas.

iv) No hay regulación sobre todos los efectos de la sentencia y debería diferirse los efectos de la sentencia

73. En las deliberaciones se afirmó que la despenalización del aborto por violación no regula la complejidad del tema. Aspectos tales como hasta cuándo se podría abortar, cómo debe aplicarse el derecho, qué requisitos se deben cumplir para ejercer el derecho a abortar cuando hay violación y más cuestiones debería la Corte asumir. Al no hacerlo, se concluye, que es una irresponsabilidad.

74. La tarea de regular todos y cada uno de los aspectos que se derivan de la despenalización del aborto por violación corresponde a la Asamblea Nacional. La sentencia impone esa tarea con claridad, dispone el sometimiento a los derechos constitucionales y los derivados de instrumentos internacionales de derechos humanos y también impone plazos cortos (2 meses para la presentación del proyecto y 6 meses para su aprobación).⁴³

75. Los abortos por violación se han producido a pesar de la criminalización del aborto. Nadie espera llegar al noveno mes para abortar, como se ha sostenido. Tampoco se fomentará el aborto. Lo que sucederá, sin duda alguna, es que quienes aborten tendrán mejores condiciones para interrumpir un embarazo por violación no deseado.

76. El pedido de diferir los efectos hasta que la Asamblea Nacional legisle, desde mi criterio, era un acto de irresponsabilidad y de desconocimiento de las formas cómo se practican los abortos clandestinos.

77. El derecho a abortar en caso de violación es un efecto inmediato que se deriva de la vigencia de la sentencia. Sin embargo, para que este derecho sea efectivo, el Estado debe adecuar su aparato estatal para garantizarlo, aun cuando no exista regulación legislativa.

78. En la práctica, puede suceder que esa falta de adecuación estatal en general, y de los servicios de salud en particular, impongan situaciones que hagan imposible o difícil el ejercicio de derecho y se constituyan en barreras (burocráticas, culturales, estructurales) para dicho ejercicio.

79. Cuestiones como la exigencia de opiniones médicas, de juicios penales, de pericias, de orden judicial, de autorización de personas distintas a la titular de derechos, dilaciones para prestar el servicio, referencias y contrarreferencias, excusas de no

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 195.

disponibilidad de recursos (profesionales de la salud, camas y más), inexistencia de protocolos, no reconocimiento de certificaciones médicas sobre estado de salud de la persona embarazada, negativa para dar certificaciones médicas necesarias, la no consideración de la dimensión psicológica o social de la mujer, descalificación, objeciones de conciencia para no brindar el servicio, desconocimiento del derecho a abortar en casos de violación y más situaciones que podrían ocurrir, son obstáculos al ejercicio de derecho, podrían acarrear responsabilidad tanto de la entidad como de las personas que impiden el ejercicio del derecho.

80. Afirmar que las mujeres van a fingir violación para abortar libremente, es desconocer, una vez más, la realidad y también creer que las mujeres no tienen capacidad para decidir y que engañan. El sistema jurídico debe partir desde la visión del ejercicio de derechos y no desde las posibilidades de incumplimiento o desconocimiento de las normas.

81. El uso del derecho penal, además, genera un estigma, tiene un efecto inhibitorio para acceder a servicios de salud seguros, para recibir información sobre los derechos sexuales y reproductivos.⁴⁴ La decisión, una vez aprobada, como se resolvió, tenía que tener efectos inmediatos. Acá un testimonio que ratifica la urgencia de lo decidido:

Si me desangraba todo se iba a saber, iba a ir presa... Tuve fiebre, tiritaba, estaba asustada y no podía llamar a ningún médico para que me explique qué pasaba, solo teníamos al internet y a la clandestinidad... después del dolor del cuerpo vino el dolor por la sociedad, porque miles de mujeres tienen que pasar por esto solas, porque ningún profesional puede guiarte porque corres el riesgo de morir. Morir por decidir. No me arrepiento de lo que decidí, lo hice por mí, por lo que quiero y sueño⁴⁵.

82. La sentencia acierta al sugerir las posibilidades para que se conozca el hecho de la violación y que se pueda acceder a un servicio de salud seguro.

83. El mecanismo directo, menos estigmatizante, es creer en la voz de las mujeres, sin interferencias judiciales, policíacas, médicas o intermediación de un representante.

84. El legislador tiene la tarea de regular los derechos para su mejor ejercicio, y no establecer mecanismos que sean inhibitorios para el ejercicio del derecho al aborto en casos de violación.

85. El derecho a abortar en casos de violación debe ser efectivo, aún si no hay regulación legislativa, desde el momento que entre en vigencia esta sentencia. Cualquier obstáculo al ejercicio de este derecho sería un incumplimiento de esta sentencia y una vulneración de derechos.

⁴⁴ OMS, *Aborto sin riesgos: guía técnica y de políticas para sistemas de salud*, 2012; Relator Especial sobre el Derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, UN Doc. A/66/254, 2011, párrafo 19.

⁴⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

v) La necesidad de realizar una audiencia pública

86. En la deliberación se afirmó que, para un tema tan importante, debía haberse convocado a audiencia y que, la falta de ella, denota poca transparencia.

87. La audiencia en la Corte es un mecanismo que permite la participación y que puede contribuir a tomar una mejor decisión.

88. La ley permite a los jueces y juezas de la Corte Constitucional convocar a audiencias discrecionalmente, “*siempre que lo creyere necesario*”.⁴⁶

89. La audiencia es particularmente útil cuando se requiere desarrollar argumentos jurídicos, esclarecer puntos de derecho o incluso tener mejor comprensión sobre los elementos fácticos de un caso.

90. Los argumentos para resolver esta causa, según el criterio mayoritario de jueces y juezas, estaban expuestos con detalle en las demandas y en los múltiples *amici curiae* que sostuvieron ambas posiciones en tensión. Una audiencia sobre un tema que genera controversias y pasiones no hubiese aportado a tener más argumentos para la resolución de la causa. Más bien, hubiese sido el espacio para confrontaciones innecesarias y para generar un malestar social.

91. La resolución de esta causa contó con múltiples reuniones y deliberaciones, se hicieron varios proyectos y se recogieron las diversas opiniones de jueces y juezas.

92. El caso se resolvió respetando los procedimientos establecidos en la ley y el reglamento interno. Respetar las normas de procedimiento y prevenir confrontaciones no puede ser visto como un proceder no transparente.

(3) El objeto de la sentencia: la despenalización del aborto por violación

93. La sentencia aprobada ha resuelto varias demandas que tienen como objeto la declaratoria de inconstitucionalidad del aborto por violación. La Corte no ha despenalizado el aborto sino una de sus causales.

94. Con claridad la Corte ha delimitado la discusión constitucional a lo demandado, que es la consideración de “*si la configuración legislativa de este delito por parte de la Asamblea Nacional y la consecuente criminalización de niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violación que han interrumpido voluntariamente su embarazo contraviene los límites impuestos por la CRE y los instrumentos internacionales de derechos humanos.*”⁴⁷

⁴⁶ Constitución, artículo 87.

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 110.

95. La sentencia reconoce que existen varios derechos de las mujeres y, para resolver el caso concreto, menciona la titularidad de “*derechos a la integridad de las personas, al libre desarrollo de la personalidad, tomar decisiones libres sobre su sexualidad y vida sexual, y ejercer autonomía para adoptar decisiones informadas, libres, responsables sobre su propio cuerpo, así como respecto a su salud, vida sexual y reproductiva, y a su vez se encuentran protegidas de interferencias arbitrarias por parte del Estado o de terceros*”.⁴⁸

96. Si bien se podría discutir si estos derechos los tienen no solo las mujeres que han sufrido una violación, sino es un derecho de toda mujer, sin excepción alguna, este aspecto no ha sido demandado ni debatido por la Corte.

97. El aborto inseguro o la obligación de llevar un embarazo a término provoca graves afectaciones a la salud mental de las mujeres, sean violadas o no:

*Soy una mujer de 44 años de edad nacida en Ibarra. En mi memoria está escondido mi primer acoso... recuerdo solamente el cuarto del fondo, aquella bodega oscura y con eco. Luego mi cuerpo de niña solo siente miedo, siempre encogida, tímida, callada...*⁴⁹

*Cuando me di cuenta que no podía abortar, el mundo se me cayó encima, quería morir, me recuerdo caminando en el puente de Cumbayá, pensando en lanzarme. O en la calle rogando [que] me atropellen... las noches tenía pesadillas revivía una y otra vez la violación, los golpes, me despertaba en medio de lágrimas*⁵⁰.

*Fue un embarazo no deseado producto de una violación no denunciada... No fue fácil tomar esa decisión. La gente dice se aborta y listo. Esa gente no sabe el inmenso dolor que uno vive.*⁵¹

98. La estigmatización, la consideración de pecado o inmoralidad, el rechazo social, la culpa, le negación de derechos, la presión social, produce, en conjunto, efectos perniciosos en la salud mental de la mujer. Muchas mujeres sufren depresiones y hasta hay intentos de suicidios o suicidios consumados.

*Este mes se cumplen 4 años del aborto que tuve. He venido luchando por mi derecho a elegir. El día viernes 9 de abril del 2021, tengo que asistir al tribunal porque ahí darán el veredicto de a cuantos años me van a privar de libertad por abortar*⁵².

... yo me tope con un carnicero, el ser humano más feo del mundo, un hombre asqueroso, que mientras hacíamos el negocio me miraba con morbo... Al siguiente día, un sábado, fui para que me hiciera el procedimiento... mientras yo entraba, ya

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 137.

⁴⁹ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁵⁰ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

⁵¹ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵² Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

había varias mujeres descansando en unos catres, después de sus procesos de aborto... Era un cuarto oscuro, sucio, desordenado. No tenía más opciones... Ahora me doy cuenta después de pensar y re pensar cómo escribir esto que yo estoy muy dañada, que mi corazón está afectado, que me duele hasta el alma y que esa pose de mujer fuerte es falsa, que mi amor propio es falso, que está por los suelos.⁵³

De mi círculo de amigas, todas hemos abortado... Cuando hablamos de esto, nadie se arrepiente de haber abortado, porque nos permitió seguir con nuestros proyectos de vida, pero todas nos lamentamos y nos duele el proceso del aborto⁵⁴.

Cuando fui ese día, las únicas personas que acudían con ese doctor, era gente con dinero, que necesitan el procedimiento y lo podían pagar. En mi caso, no lo podía pagar, pero también lo necesitaba... quise suicidarme, me tomé pastillas, lo único que logré fue una intoxicación. Ni mi pareja, ni mi familia supieron que pasó⁵⁵.

99. El aborto voluntario, lo han dicho agencias de Naciones Unidas (NNUU), no conlleva secuelas a largo plazo para la salud mental.⁵⁶

100. La sentencia menciona argumentos y datos que podrían ser aplicables para otras mujeres que no han sufrido una violación. Entre otros, las relaciones de poder históricas de dominación a la mujer⁵⁷. Una forma de dominación es el control del cuerpo de la mujer; y, entre los mecanismos más violentos de control del cuerpo, están la violación⁵⁸, la prohibición del aborto, la imposición del embarazo no deseado⁵⁹, y la maternidad forzada⁶⁰.

101. Las voces de las mujeres confirman la necesidad de evitar el dolor que provoca la criminalización del aborto y las consecuencias del maltrato que se sufre en clínicas clandestinas:

Acababa de cumplir los 14 años y el siguiente mes nació mi hijo... Cursaba el primer año de colegio el cual abandoné en esos tiempos, pues por un lado no se admitían niñas embarazadas en los colegios, por otro el estigma social y familiar era también una fuerte presión... Mi participación en el disfrute del juego cada vez era más restringida. Llegó el momento en que desde una ventana, solo miraba con añoranza el juego... El padre de mi hijo desapareció...⁶¹

⁵³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁵⁶ NNUU, *Informe del Relator sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Anand Grover. A/66/254. 3 de agosto de 2011, párrafos 21 y 27.

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 124.

⁵⁸ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 128 y 130.

⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 134.

⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia No. 34-19-IN/21, párrafo 135.

⁶¹ Paulina Muñoz Samaniego, *Amicus Curiae*, 17 de abril de 2021.

Me llevaron a una bodega y la persona que me anestesió fue la secretaria del médico... Ni bien me desperté, con pocas fuerzas por todo el proceso, la secretaria/anestesióloga me pidió el dinero y me dijo que no podía salir si es que no pagaba. En ese estado de casi inconsciencia, le indiqué donde estaba el dinero. Ella cogió de mi cartera, contó que estuviera completo y me dijo que me fuera en 15 minutos porque si se daban cuenta nos metían presos. Me dijo que compre toallas higiénicas y que sería bueno que después me haga un chequeo por mi cuenta. El médico en cuestión desapareció y nunca más supe de él⁶².

Llegué, entré sola, me inyectó supuestamente anestesia pero cuando comenzó el procedimiento me desgarraba del dolor. Recuerdo que sudaba frío, lloraba, gritaba del dolor y ella me decía que me calle, en un punto me desmayé⁶³.

...me desangré muchísimo, los cólicos fueron insoportables... Estaba muy asustada, la ginecóloga de turno... con tanta rabia me introdujo unas paletas por la vagina, la sala se llenó de sangre y mis gritos ocuparon todo el pasillo, mientras, ella replicaba “ésta ya abortó” ... no tengo dudas... la clandestinidad mata y la violencia obstétrica es su mejor aliada⁶⁴.

...no podíamos buscar ayuda médica, pues yo soy algo más o menos como una figura pública, por miedo a que me encarcelen y mi carrera acabe... las enfermeras se burlaban de mí... las enfermeras literalmente expresaron que querían hacerme sufrir al menos un poco⁶⁵.

El legado fue doloroso, el trato fue traumático sin ningún tipo de empatía y con mucho maltrato, sentí que me castigaban por abortar para salvar mi vida, cuando yo pedí que me atiendan ya que sólo me habían tenido con suero desde el ingreso a la sala la respuesta que el médico le dio a mi familia al pedirle que me permitan salir o que ya me atiendan fue “señora nosotros estamos salvando vidas, lo de su hija es otra cosa” mi vida no importaba entonces y eso justificaba toda la violencia...⁶⁶

102. La Corte ha dado un paso histórico y muy importante con relación al tema del aborto y los derechos que están involucrados en el tratamiento de esta situación. Ha tratado una de las causales que se podría denominar “extrema”: el aborto por violación, que ha sido ya despenalizado en la mayoría de países.

103. Los derechos de las personas en general, y de las mujeres en particular, se los ha ido ganando, paso a paso, a pulso, a lo largo de la historia.

104. Los derechos de las mujeres no han sido una concesión del sistema patriarcal y de los hombres, sino que ha sido una conquista por su lucha en todos los espacios donde han sufrido y sufren vulneraciones.

⁶² Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶³ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁴ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁵ Mónica Ojeda, *Amicus Curiae*, 14 de abril de 2021.

⁶⁶ Michelle Andrea Játiva, *Amicus Curiae*, 13 de abril de 2021.

105. Los derechos de las mujeres se reconocieron a pesar del sistema patriarcal imperante y del desacuerdo de la mayoría de las personas: el derecho al voto, el derecho a la educación, el derecho a tener capacidad para realizar actos jurídicos, el derecho a la representación en espacios de poder, el derecho a no sufrir violencias...

106. El reconocimiento que hace la Corte a que las mujeres puedan decidir no tener una maternidad forzada en casos de violación es un paso más importante hacia el reconocimiento al aborto libre, digno, seguro y gratuito.

107. El derecho al aborto libre, digno, seguro y gratuito en casos de violación no significa, insisto, de modo alguno que se desconoce o se elimina el derecho a la protección del *nasciturus* desde la concepción.

108. En el derecho comparado, los Estados han pasado de la criminalización de cualquier tipo de aborto, a la despenalización de las causales extremas, hasta la descriminalización total del aborto.⁶⁷ Ecuador, con esta decisión, ha despenalizado el aborto por violación, que es una causal extrema.

109. El derecho internacional de los derechos humanos ha ido progresivamente reconociendo el derecho a abortar.⁶⁸ En casos en los que no se pudo acceder a un aborto seguro, se ha considerado que se violaron los derechos a la vida privada, a obtener información, a estar libres de tratos crueles, inhumanos y degradantes, a la no discriminación.

110. Esto quiere decir que la falta de atención a mujeres que requieren abortar puede acarrear responsabilidad internacional. La criminalización del aborto se constituye, entonces, en una barrera normativa para el ejercicio de varios derechos reconocidos en el sistema jurídico.

111. El Comité de DESC ha dispuesto que el Estado tiene obligación de “*adoptar medidas para prevenir los abortos en condiciones de riesgo y prestar asistencia y ayuda psicológica con posterioridad a los abortos a quienes lo necesiten.*”⁶⁹

112. El aborto libre, seguro, digno y gratuito es un derecho de las mujeres, según lo constatan instrumentos y organizaciones de derechos humanos. Si el aborto libre, seguro, digno y gratuito es un derecho de toda mujer, la criminalización del aborto es un

⁶⁷ Colombia, por ejemplo, en el año 2006, mediante sentencia de la Corte Constitucional C-355/2006, despenalizó el aborto por tres causales (peligro para la vida o salud de la mujer embarazada, grave malformación del feto y embarazo resultado de violación).

⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, casos K.L. v. Perú, L.M.R. v. Argentina, Whelan v. Irlanda, Mellet v. Irlanda; Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer, caso L.C. v. Perú; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Paulina del Carmen Ramírez Jacinto v. Nicaragua, B. v. El Salvador; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, casos Tysiq v. Polonia, R.R v. Polonia, A, B y C v. Irlanda, P y S v. Polonia,

⁶⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General N. 22*, párrafo 49.

obstáculo al ejercicio de este derecho. La Corte al aprobar esta sentencia ha quitado una barrera más para el acceso a este derecho.

Ramiro Avila Santamaría
JUEZ CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto concurrente del Juez Constitucional Ramiro Avila Santamaría, en la causa 34-19-IN, fue presentado en Secretaría General el 28 de abril de 2021, mediante correo electrónico a las 21:27; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

VOTO SALVADO

Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce

Estoy en desacuerdo con el voto de mayoría respecto de la despenalización del aborto en casos de violación por las siguientes razones.

La protección de la vida desde la concepción

1. En la Constitución del Ecuador, dentro del Capítulo III “Derechos de las personas y Grupos de Atención Prioritaria”, Sección 5ª “Niñas, Niños y Adolescentes”, en el artículo 45 inciso primero “Derecho a la integridad física y psíquica”, se consagra “*El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción*”.
2. El concepto de vida ha sido abordado desde los albores de la humanidad, el filósofo griego Sócrates enfatizó como una premisa fundamental para el ser humano la “*necesidad absoluta de vivir*”; por su parte, Santo Tomás de Aquino expuso que “*la vida es un don*”; y, Descartes expresó el involucramiento racional con la existencia en la frase “*Cogito, ergo sum (Pienso, luego existo)*”.
3. En este sentido, no puede contemplarse un “derecho sobre la vida”, como si se denotara un poder irracional y sin límites sobre la existencia, sobre su inicio y fin; ni un “derecho a conseguir la vida”, porque esto es automático, biológico e innato, nos viene dado desde el comienzo por nuestra naturaleza humana; lo que se establece a nivel constitucional es la “inviolabilidad de la vida” para que los demás se abstengan de atacarla, lo que implica la conservación de la vida y al goce de ella, y en el plano jurídico significa su defensa, desde tal punto de vista la expresión “derecho a la vida” es correcta, pero más lo es “derecho a vivir”.¹
4. La obligación de garantizar el derecho a vivir del que está por nacer (nasciturus)² está prevista a nivel constitucional (artículo 45 inciso primero de la

¹ Santos Cifuentes, “Los derechos personalísimos”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, p. 232-233.

² Santos Cifuentes, ob. cit., p. 238, expone que: “*He sostenido que el nasciturus es persona... debería concretar normativamente esta proclamación real y sencilla ‘Eres persona porque tienes vida y te reconozco derechos...te protejo a tí y a tus derechos física y jurídicamente’ ... el derecho personalísimo principia con la concepción, instante en el que aparece un nuevo ser*”.

Juan Larrea Holguín, “Compendio de Derecho Civil del Ecuador”, Quito, CEP, 1976, p. 208, manifiesta que: “*desde que el alma racional informa un cuerpo humano, la ley debe respetar y proteger esa vida*”.

Luis Parraguez Ruiz, “Manual de Derecho Civil ecuatoriano: personas y familia”, Loja, UTPL, 2000, p. 55, menciona: “*existe un proyecto de persona o una persona potencial. De allí que el ordenamiento*

Constitución); y, a nivel legal (artículo 20 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia -CONA-, artículo 61 del Código Civil, artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal -COIP).³

5. El nasciturus tiene derecho a que no se interrumpa su existencia, a desarrollarse biológicamente, a que se no se interfiera en su proceso de formación genética; a nacer y contar con la oportunidad de existir como un ser único e irrepetible y con un proyecto de vida trascendente.
6. La vida, desde el ámbito biológico, se conceptualiza como el “estado de actividad de los seres orgánicos que se manifiesta de modo diverso (crecimiento, reproducción, movilidad, irritabilidad, etc.) soportado por una serie de reacciones metabólicas que suministran la energía necesaria para estos procesos. Sus rasgos característicos son el metabolismo y la reproducción”.⁴
7. En este sentido genético “desde la existencia de un embrión fertilizado, aunque se trate solo de dos células, hay potencialmente un ser, y dicha potencialidad debe respetarse, porque ya empezó a desarrollarse el ser humano”.⁵
8. La concepción o fecundación es entonces el acontecimiento que activa la génesis humana, es el momento primordial que origina la vida, ya que “la penetración del espermatozoide constituye el evento crucial: 1) En el espermatozoide están los 23 cromosomas paternos que sumándose a los 23 maternos constituyen el

jurídico se preocupe de proteger su modalidad de vida y los derechos eventuales que pueden interesarle”.

³ Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia -CONA- (R.O. 737 de 03 de enero de 2003)

“Art. 20.- Derecho a la vida. - **Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida desde su concepción. Es obligación del Estado, la sociedad y la familia asegurar por todos los medios a su alcance, su supervivencia y desarrollo.**

Se prohíben los experimentos y manipulaciones médicas y genéticas desde la fecundación del óvulo hasta el nacimiento de niños, niñas y adolescentes; y la utilización de cualquier técnica o práctica que ponga en peligro su vida o afecte su integridad o desarrollo integral”.

Codificación del Código Civil (R.O. S. 46 de 24 de junio de 2005)

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

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

Código Orgánico Integral Penal -COIP- (R.O. S. 180 de 10 de febrero de 2014 en aplicación plena desde el 10 de agosto de 2014)

“Art. 149.- **Aborto consentido.** - 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”.

⁴ Diccionario Enciclopédico Grijalbo, Tomo 3, Barcelona, Editorial Grijalbo S.A, 1986, p. 922.

⁵ Arturo Alfonsín, Ponencia del presidente de la Sociedad Argentina de Esterilidad y Fertilidad, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, “Bioderecho”, Capítulo III “El inicio de la vida humana”, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1999, p. 33.

*patrimonio genético del nuevo ser humano. 2) La penetración, además, fija de forma definitiva la situación referida en el punto anterior, haciendo que normalmente el óvulo resulte impermeable ...Esto acontece después -algo más de un día desde la penetración- con la constitución de un embrión de dos células, dotada cada una de un núcleo cuya membrana encierra en sí, por primera vez el genoma del nuevo ser (...) la fecundación como un proceso que se concluye solo por la primera división micótica... hace definitivo el genotipo del nuevo ser”.*⁶

9. Es por ello que se ha señalado que *“el nuevo individuo comienza su existencia desde que opera la transmisión de la información genética entre espermatozoide y óvulo. El cigoto no necesitará luego ninguna otra información para su desarrollo, por lo cual desde la fecundación su individualidad está creada (...) el aceptar el hecho de que una vez producida la fertilización ha surgido un ser humano, ya no constituye una cuestión de gustos u opiniones. La naturaleza humana del ser humano desde la concepción hasta la vejez, no es una hipótesis metafísica, sino una evidencia experimental, si al comienzo, después de la fecundación, el ser que se desarrolla no fuese un momento de esa especie a la que pertenecieron sus padres, ninguna evolución habría sido posible”.*⁷
10. La genética en esta línea sostiene que *“Sin duda desde la singamia la información suministrada por el ADN hará que el ser sea humano y no otra entidad, y ese destino genéticamente marcado, con toda la potencialidad que ello implica, no puede ignorarse (...) la nueva vida humana empieza en el mismo momento de la fecundación, cuando de dos realidades distintas -los gametos- surge una tercera realidad -el cigoto- cuyo programa genético contenido en los dos pronúcleos es un programa humano”.*⁸
11. En este contexto se sustenta que *“está acreditado biológicamente que no hay desarrollo cuantitativo y cualitativo a partir del cigoto que permita señalar un momento posterior en el que acceda a la condición humana. Es estrictamente científico afirmar que en el cigoto y en sus fases ulteriores de transformación -por muy tempranas que sean- existe ya, potencialmente un nuevo ser humano”.*⁹
12. Este proceso que origina la vida humana continúa con la anidación o implantación en la que se produce *“la aparición del primordio del sistema*

⁶ C. Campagnoli y C. Peris, “Las técnicas de reproducción artificial, aspectos médicos”, en “Manual de Bioética General”, Madrid, Editorial del Dr. Aquilino Polaino-Lorente, 1994, p. 204-216, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 35.

⁷ Lejeune, citado por Pedro Federico Hoof, “Protección del embrión humano: aspectos iusfilosóficos”, Universidad Nacional del Mar del Plata, 1996, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 37.

⁸ Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 37 y 40.

⁹ Ángel Santos Ruiz, “Instrumentación genética”, Madrid, Palabra Editores, 1987, p. 33, citado por Domingo M. Baso, “Nacer y morir con dignidad: bioética”, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993, p. 114

*nervioso (línea primitiva, cresta neural) que ocurre hacia el día decimocuarto a partir de la fecundación coincidiendo con la implantación del blastocito en las paredes del útero”.*¹⁰

- 13.** En definitiva, siendo que la concepción equivale a la fecundación o fertilización del óvulo por el espermatozoide (de modo inmediato o en algo más de 1 día); y, ésta se constituye en el evento crucial para el inicio a la vida del ser humano, ya que genera entre estas dos células un embrión a partir de que los gametos inician un intercambio genético o singamia para la formación del cigoto con un genoma o genotipo humano único; la misma que prosigue con la anidación o implantación del blastocito en el útero y con la aparición del primordio del sistema nervioso (de 7 a 14 días), es indiscutible que la vida humana comienza y debe protegerse desde la concepción, como lo consagra el artículo 45 inciso primero de la Constitución.¹¹

¹⁰ Juan Ramón Lacadena Calero, “Manipulación genética de la especie humana”, en “Ingeniería genética y reproducción asistida”, Madrid, Editorial Marino Barbero Santos, 1989, p. 28, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 40.

¹¹ En el voto salvado de los jueces Marco Gerardo Monroy Cabra y Eduardo Escobar Gil de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia No. 355-2006 de 10 de mayo de 2006, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm> consta las siguientes conclusiones: “a. La vida humana comienza con la unión de dos células llamadas gametos, una de procedencia femenina, el óvulo, y otra de procedencia masculina, el espermatozoide. b. La unión de estas dos células recibe el nombre de fertilización o concepción. c. Por la fecundación (o concepción) el óvulo y el espermatozoide se funden en un nuevo ser vivo llamado en esa fase cigoto. d. Cuando no hay fecundación, el óvulo y el espermatozoide tienen una vida muy limitada. Producida la ovulación, si no es fecundado, el óvulo vive sólo un día, y luego sufre un proceso de regresión y desaparece. El espermatozoide, de un modo parecido, cuando ya se encuentra fuera de las cavidades del aparato genital femenino, al cabo de poco más de un día, también deja de ser una célula viva. e. Con lo anterior queda claro que los gametos (óvulo y espermatozoide) no son seres con una vida propia independiente, ya que su existencia es encaminada únicamente a la fertilización, a diferencia del cigoto (ser que aparece por la unión del óvulo y el espermatozoide), que ya tiene una finalidad distinta: desarrollarse hasta cumplir todo el ciclo vital del ser humano. f. Cuando los gametos se unen en la fertilización, constituyen desde entonces un organismo de características genéticas, estructurales y bioquímicas únicas (el cigoto). g. Como consecuencia de los procesos bioquímicos producidos, en la nueva célula ha quedado marcado todo el futuro desarrollo del nuevo ser humano, que inicia su multiplicación celular. h. Las relaciones funcionales entre el organismo de la madre y del feto no afectan en nada a este determinismo ni esta multiplicación celular o desarrollo del cigoto, como está demostrado en la experimentación. En efecto, en la fertilización in vitro, la fertilización y el inmediato proceso subsiguiente de división celular se inician fuera del cuerpo de la madre. i. El material genético de los cromosomas, el DNA, -la secuencia de bases- es lo que determina las características genéticas del nuevo ser. Este material es distinto del de la madre. j. Los cromosomas son específicamente humanos y las proteínas que forman la estructura del organismo se diferencian específicamente de las proteínas de cualquier otro animal. k. Todo este proceso de fecundación, aparición del cigoto y configuración genética particular e independiente es anterior a la anidación en el útero de la madre. l. El proceso desde la ovulación hasta la anidación es el siguiente: tan pronto se ha producido la ovulación, el óvulo va de la cavidad del folículo a la trompa de Falopio, dirigiéndose hacia el útero. El músculo liso que se encuentra en las paredes de la trompa de Falopio va teniendo contracciones rítmicas que ayudan al óvulo a pasar hacia el interior del útero. Como la vitalidad del óvulo después de la ovulación es tan limitada, la fecundación ha de producirse de 12 a 24 horas después de la ovulación; de lo contrario, el óvulo muere, siendo, entonces, imposible la fertilización. La fecundación del óvulo por el espermatozoide se produce en la trompa de Falopio, y

14. La vida del ser humano empieza desde la concepción *“es vida humana (...inició su ciclo, aunque luego se vea frustrado, por acontecimientos naturales, su destino), por lo cual el ordenamiento jurídico debe brindar la protección que ella se merece, teniendo en cuenta la dignidad de trato que supone el concepto de vida humana”*.¹²
15. Es por ello que la protección de la vida desde la concepción que se reconoce en la Constitución tiene concordancia con la Bioética para la cual *“la vida debe considerarse como un proceso único e indivisible, desde su comienzo a su fin, e indudablemente como todo proceso es integrado por continuas potencialidades (...) es un embrión en potencia, luego un feto, después un niño, posteriormente un adolescente, luego un adulto, etcétera y estas expectativas deben respetarse (...) La vida humana debe ser tutelada por el Derecho desde el inicio”*.¹³
16. En este sentido: *“El desarrollo de un individuo es un proceso continuo e ininterrumpido, que depende de las características adquiridas en el momento de la fecundación. Se inicia con la formación del cigoto y depende de las características adquiridas en el momento de constituirse este último. El nuevo individuo comienza su desarrollo activando su genoma, con un progresivo crecimiento, diferenciación y maduración. Va pasando por las distintas etapas: cigoto, embrión bicelular, mórula, blastocisto, embrión implantado, feto, niño,*

para ello es necesario que el óvulo se encuentre en un medio en el que haya millones de espermatozoides. Unas seis horas después de la fertilización -es decir, 30 horas después de la ovulación- se produce la primera división del cigoto. m. Es en esta fase cuando se presenta la individualización de los embriones gemelos, o gemelos homocigóticos. Algunos utilizan este hecho para afirmar que la fertilización no produce la inmediata individualización del ser humano, y que por lo tanto no es posible entender que la fertilización produce un nuevo individuo de la especie humana. Este argumento se refuta diciendo que la fertilización sí produce un individuo (un primer cigoto), y que la división gemelar subsiguiente es una forma de reproducción similar a la clonación. Por lo tanto, en la división gemelar lo que se tiene es un individuo que genera otro. n. A los cinco días de la fertilización, el embrión se encuentra en fase de blastocisto, próximo al endometrio. o. Finalmente, aproximadamente al sexto día de la fertilización, el blastocisto se fija en el endometrio (implantación), que es cuando comienza la relación entre el organismo de la madre y del nuevo ser humano que tan sólo mide en ese momento un milímetro y medio. p. Para entonces la individualidad genética no sólo está comprobada, sino que en ese momento es el nuevo ser el que determina su propio destino: por un mensaje químico que emite, estimula el funcionamiento del cuerpo amarillo del ovario y suspende el ciclo menstrual de su madre. q. Como otro dato que corrobora la individualidad del nuevo ser, la inmunología ha descubierto que los glóbulos blancos del cuerpo de la madre son capaces de reconocer cualquier cuerpo extraño al organismo y de poner en marcha los mecanismos de defensa para destruirlo, y que cuando el embrión en fase de blastocito se implanta en la pared del útero, el sistema inmunológico de la madre reacciona para expulsar al intruso, pero el nuevo ser humano está dotado de un de un delicado método de defensa ante esta reacción. En algunos casos la defensa no es tan eficaz como debiera, y el nuevo ser humano es expulsado mediante un aborto espontáneo”.

¹² Germán Bidart Campos, Conferencia de 30-VIII-1996, Universidad Nacional del Mar del Plata, citado por Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 34.

¹³ Graciela N. Messina de Estrella Gutiérrez, ob. cit., p. 38; y, Conclusiones de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997, “Comisión de Bioética y Derecho”, copresidida por la autora, en ob. cit, p. 42.

*púber, adulto, vejez. El cigoto tardará 14 días en anidar, 3.5 meses en completar la placenta, 9 meses en ver la luz, 1 año en andar, 2-3 años en hablar, 7 años en razonar, 15 años en ser fértil, 50 años en cesar la producción de óvulos si es mujer. El embrión, desde el principio, dirige su desarrollo, produciendo una serie de factores que estimulan el ovario y el endometrio para asegurarse su anidación, su desarrollo, y crear un entorno adecuado para la tolerancia inmunológica”.*¹⁴

- 17.** La Constitución del Ecuador enfatiza esta consagración de amparar la vida del ser humano desde la concepción, lo que tiene consecuencia con la proscripción de interferencia en su desarrollo vital, en el contexto de que *“la protección se obtiene mediante la prohibición, incluida la conminación penal, de todos aquellos comportamientos que, incidiendo en el embrión, puedan condicionar al futuro ser humano en su ser biológico y en el desarrollo de su personalidad. Por consiguiente, el bien jurídico protegido estaría constituido de forma primaria por los intereses de ese futuro ser humano en particular; su identidad e irrepetibilidad”.*¹⁵
- 18.** La necesidad existencial de vivir, de trascender, de alcanzar la realización del proyecto de vida es concomitante y connatural al ser humano, más aún desde su inicio; si no se ampara al nasciturus en su desarrollo vital, se lo dejaría del todo desprotegido e indefenso, expuesto a pareceres y posiciones, con su proyecto de vida truncado; por ello, la única opción constitucionalmente válida es la defensa de su existencia.
- 19.** En la legislación se desarrolla esta proscripción del arbitrio sobre la existencia del nasciturus, no se permite injerencias no autorizadas en el ciclo vital del que está por nacer. Los dos casos, incluidos de manera expresa y taxativa en la Ley, autorizan una intervención por razones excepcionales, razonadas por el legislador y sustentadas en la medicina (aborto terapéutico) y en la biología respectivamente (aborto eugenésico)¹⁶, que no contemplan ni admiten ampliación, caso contrario, el derecho a la vida del nasciturus quedaría en manos de quienes no tienen la potestad de disponer ni decidir sobre ella. El nasciturus es un ser humano todavía indefenso que, por las circunstancias propias de su estado evolutivo y por mandato constitucional, debe ser protegido, incluso en circunstancias tan polémicas y hasta dramáticas que pueden suscitar posiciones al respecto, como es el embarazo producto de violación, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentida. Cualquier delito tipificado o circunstancia

¹⁴ Speroff L, Fritz MA. “Clinical gynecologic endocrinology and infertility”, 7 Ed. Lippincott Williams and Wilkins, Philadelphia, USA, 2005: 804, en Javier Marco Bach, “El principio de la vida humana”, México, Revista “Cirujano General”, Vol. 34 Supl 2 -2012, p. 146, en: <https://www.medigraphic.com/pdfs/cirgen/cg-2012/cgs122p.pdf>

¹⁵ Carlos María Romeo Casabona, “Genética y Derecho”, Capítulo VI “La investigación y la experimentación en genética”, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2003, p. 363.

¹⁶ “Eugenesis: Estudio y aplicación de las leyes biológicas de la herencia orientadas al perfeccionamiento de la especie humana.” del.rae.es

al margen de la Ley, debe ser investigada y acarrear una sanción al responsable, sin embargo, dicha sanción no puede extenderse ni imponérsele al nasciturus, sacrificando su existencia misma, sino que debe aplicársela al culpable y nunca a costa de la vida de un ser inocente.¹⁷

20. Estoy consciente de que la violación es, probablemente, uno de los delitos más aberrantes de la humanidad. El hombre con su fuerza somete a la mujer contra su voluntad, solo por satisfacer su instinto sexual, rebajándose al nivel de un animal. Nada más aberrante y reprochable. Más grave aún, si quien comete tal aberración es el padre, un tío, primo o familiar cercano de la víctima, como ocurre reiteradamente. Nadie niega que, para una niña, una adolescente, una mujer, discapacitada o no, una violación debe ser una vivencia ultrajante y traumática al punto de sentir la muerte y probablemente, querer la muerte. Es muy probable que, si fruto de esa violación se produce un embarazo no deseado, la víctima solo sienta repugnancia y deseo de borrar de la faz de la tierra las muestras y consecuencias de ese delito atroz. Pero, ¿qué hay del nasciturus?, ¿quién tutela sus derechos?, ¿Quién impide que sea despojado de su derecho fundamental a la vida?, ¿Quién tiene la potestad para interrumpir la evolución vital de un ser humano que tiene vida desde el mismo momento de la concepción, y convertirlo en reo de un crimen que nunca cometió?
21. La cruel y aberrante realidad de las violaciones en contra de niñas, adolescentes y mujeres en nuestro país desnuda una realidad lacerante, frente a la cual, la respuesta no puede limitarse a la simple despenalización del aborto por esta circunstancia. Esa solución no previene, mucho menos erradica el delito, pero estimula y consagra el cometimiento de uno nuevo, al permitir que se arrebate la vida de criaturas indefensas que merecen tener la oportunidad de cumplir su proyecto natural de vida, cuidados por su progenitora o por una familia que los acoja y adopte.
22. Si se parte de la premisa lógica e incuestionable de que la despenalización del aborto no es la solución al problema de los delitos de violación, entonces el análisis del juez constitucional debe tener otro enfoque. El Estado por su parte, a

¹⁷ Voto salvado de los jueces referidos de la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia No. 355-2006: “Un último punto debe ser aclarado en relación con la prohibición general del aborto y el derecho a de la mujer a decidir libremente el número de hijos que desea tener y el momento correspondiente, derecho al cual se le denomina autodeterminación reproductiva. Ciertamente, como se dijo anteriormente, el embarazo forzado producto de violación, inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentida constituyen delitos que atentan contra este derecho fundamental de las mujeres. Sin embargo, es menester tener en claro que el sujeto causante de la violación de derechos mencionada no es el Estado que, en defensa del derecho a la vida del no nacido, y por las razones de jerarquización y ponderación de derechos que se acaban de estudiar, decide penalizar el aborto, sino el agente del delito. Como tampoco lo es el ser humano concebido como fruto de la comisión de la conducta ilícita, cuya vida se protege con la penalización mencionada. Por las obvias razones anteriores, la penalización de aborto en los casos anteriores no elimina el derecho a la autodeterminación reproductiva de la mujer. Simplemente implica que dicho derecho no puede ser exigible aun a costa de la vida del ser humano concebido como fruto de un accionar delictivo”.

través de sus órganos competentes, debe implementar políticas públicas y campañas de concientización enfocadas en el respeto hacia la mujer; considerar el incremento de penas para el delito de violación; políticas orientadas a facilitar y estimular la adopción de los niños y niñas no deseados, entre otras iniciativas. Todas esas opciones, como respuestas al aborto, evidentemente, demandan un debate profundo al interior de la sociedad y del Estado, antes de proceder a su despenalización. Debate que, lamentablemente, ha sido soslayado por esta Corte Constitucional que, parapetada en el delito de violación, abre la puerta para el aborto libre e indiscriminado, más aún, cuando en los términos de la sentencia de mayoría, ni siquiera se establecen criterios y procedimientos rigurosos para determinar la efectiva existencia de una violación, como delito tipificado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que debe ser determinado en sentencia ejecutoriada, que sancione a los responsables de su cometimiento. Al permitirse que una simple declaración juramentada, un examen médico o una denuncia se constituyan en prueba plena del cometimiento del delito de violación, como requisito para proceder con un aborto, prácticamente, se está dejando la puerta abierta para que cualquier mujer opte por esta medida extrema, que coarta el derecho fundamental de otro ser humano, sin que siquiera se haya comprobado que el hecho fundamental que lo motiva se haya producido efectivamente.

La claridad de la Constitución y la imposibilidad de interpretarla, so pena de reformarla

23. El artículo 427 de la Constitución dispone: *“Las normas constitucionales se interpretarán por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional”*.
24. Es decir, son 4 formas de interpretar la Constitución, la primera el método exegético dado por la literalidad del texto; la segunda el método sistemático-teleológico dado por la voluntad del Constituyente entendida en su integralidad; la tercera el método de la ponderación cuando se trate de priorizar derechos en caso de duda, es decir de conflicto; y, la cuarta la optimización, proporcionalidad y razonabilidad como otros criterios hermenéuticos.
25. En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) se determina el ámbito de cada uno de estos métodos, así: el artículo 2 número 2 contempla a la optimización; el artículo 3 en el número 2 establece a la proporcionalidad, en el número 3 a la ponderación, en los números 5 y 6 al método sistemático-teleológico, en el número 7 a la interpretación literal y en el número 8 a otros métodos de interpretación constitucional.

26. En este punto es necesario relievar que el inciso primero del artículo 45 de la Carta Constitucional es claro, expreso y taxativo, su tenor literal deriva de la voluntad del Constituyente entendida en su integralidad, el pueblo ecuatoriano se pronunció sobre este asunto y ratificó el texto constitucional en referéndum popular, no dejando dudas respecto de la protección de la vida desde la concepción.
27. La Convención Americana sobre Derechos Humanos determina: “Artículo 4. *Derecho a la Vida. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente*”.¹⁸
28. En tal virtud, se impone el deber consciente, constitucional y humanista de la defensa de la vida, sin que quepa la ambigüedad o la apertura inusitada de textos jurídicos con vaguedad conceptual que transgredan este postulado y principio fundamental, como es la protección de la vida desde la concepción, que no admite una interpretación desde la defensa constitucional del derecho a vivir.
29. Es decir, desde la lectura literal, sistemática-teleológica y de la voluntad del Constituyente en su integralidad, no puede darse paso a interpretación alguna que anule la defensa de la vida desde la concepción, lo contrario implica una modificación del texto de la Constitución que le corresponde al poder constituyente, mas no al poder constituido como es el que ejerce la Corte Constitucional.
30. El Constituyente no lo diferenció, y el ser que es fruto de una violación, el concebido por una violación no es diferente del ser humano que fue concebido en una relación consentida. No puede arrebatarle su derecho a la vida, bajo los argumentos alrededor de escalofriantes estadísticas sobre las muertes de mujeres que se someten a abortos clandestinos y no seguros, pues es una cara de la

¹⁸ Juan Carlos Riofrío Martínez Villalba y Jaime Flor Rubianes, “Regulación constitucional, internacional, canónica y penal del delito de aborto”, Quito, Universidad de Los Hemisferios (UDLH), 2014, p. 180 y 184, en: https://www.academia.edu/32655029/Regulaci%C3%B3n_constitucional_internacional_can%C3%B3nica_y_penal_del_delito_de_aborto , exponen: “Una de las más importantes características de este derecho, y quizá la principal para realizar consideraciones hermenéuticas, es la de que este es un derecho prevalente sobre el resto de derechos. La razón es la misma: sin vida no hay derecho alguno. Si algún derecho prevaleciese sobre la vida, no habría sujeto vivo a quien se lo pudiera reconocer (...)Por ser personas y grupos de atención prioritaria, la Constitución les concede un trato preferente, fijando así en éste capítulo el principio pro nascituro, de donde se desprenden otros principios como el de tratamiento más favorable para el nacido, el in dubio pro nascituro, la equiparación real -no formal- del no nacido dándole un trato preferente, entre otros (...)El Art. 4, num. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que ‘toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente’. Si se lee en su literalidad, cualquiera entiende dos cosas: (i) que el artículo es protector del derecho subjetivo a la vida (no de un bien jurídico abstracto sin titular directo); y, (ii) que tal derecho a la vida lo tiene toda persona, a partir del momento de la concepción”

realidad; la otra, que no se visibiliza en el voto de mayoría es la de la muerte de los seres indefensos e inocentes por esta práctica.¹⁹

31. En tal virtud, no entendiéndose en este tema de otra forma que el de defender el derecho a vivir del concebido, no es aplicable un “test de proporcionalidad” o un ejercicio de “ponderación” para el efecto. Esto por cuanto existe una clara y categórica voluntad del Constituyente y su modificación únicamente podría darse por uno de los mecanismos establecidos en la propia Constitución.²⁰
32. Es más, el reconocimiento de la despenalización del aborto en todos los casos de violación se aduce en virtud de una alegada “discriminación”, ya que en la actualidad se la autoriza cuando la violación la ha padecido una mujer con “discapacidad mental”, mas no para toda mujer que haya sufrido este abuso; cuestión cuyos contornos no configuran la condición de comparabilidad para aplicar un “test de igualdad”, y no se denota falta de “razonabilidad” del planteamiento vigente, que ha sido establecido acorde a la libertad de configuración del Legislador. Esto porque la razón por la que el legislador configuró la despenalización en el caso de la mujer discapacitada por violación, no fue por el hecho de haber sido violada, sino por razones eugenésicas, que el voto de mayoría ni siquiera analizó.

El debate democrático y efectos de la sentencia de mayoría

33. En el Ecuador, corresponde al Legislador el debate y deliberación democrática de los asuntos que cuentan con reserva de ley, entre ellos la tipificación de las infracciones y sus sanciones según el artículo 132 número 2 de la Constitución.
34. En el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en aplicación plena desde el 10 de agosto de 2014 en el artículo 150 se establece que no será punible el aborto terapéutico, de sustento médico, para “evitar un peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios” (número 1); y, el aborto eugenésico, de sustento biológico, “si el embarazo

¹⁹ En la página web <https://www.worldometers.info/es/>, consta un contador de cifras mundiales, así se registra más de 13,4 millones abortos practicados en lo que va del año 2021 (cifra que se si se proyecta reflejaría más de 40 millones de abortos por este año).

²⁰ En este punto se debe considerar que la modificación de la Constitución se puede efectuar por 3 mecanismos: la enmienda constitucional que no debe alterar la estructura estatal ni restringir derechos, puede ser aprobada en referéndum popular o por vía parlamentaria (artículo 441); la reforma constitucional que no debe restringir derechos pero si puede alterar la institucionalidad, se tramita en vía parlamentaria y pasa al referéndum popular (artículo 442); y, en el cambio constitucional que puede transformar todo lo anterior a través de una Asamblea Constituyente que redacta el nuevo texto constitucional y se somete a referéndum popular (artículo 444). En caso contrario se incurriría en la figura de “sustitución de la Constitución”, esto es que se evita modificar la Constitución a través de una interpretación, o en una “mutación constitucional”, en la que cambia el alcance y efectos de la disposición sin modificar su contenido en el texto, lo que está proscrito, en virtud de la rigidez constitucional que prevé procedimientos agravados para su modificación a través de una enmienda, reforma y cambio constitucional establecidos en los artículos 441 a 444 de la Constitución.

proviene de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental” (número 2).

35. Esta Corte Constitucional, en ocasión del planteamiento por parte del Presidente de la República de la objeción de inconstitucionalidad a la Reforma del COIP del año 2019, sobre la despenalización del aborto para todos los casos de violación e inseminación no consentida, estableció que esa posibilidad no la había considerado el Legislativo, ya que el texto no fue aprobado por el Legislador.
36. La Corte Constitucional no se encuentra autorizada para tomar una decisión que debería ser debatida por el Legislador, sin duda un tema de configuración legislativa que, además, ya fue debatido en el Ecuador y no alcanzó los votos para su aprobación.
37. Es así que el Legislador en la reforma planteada al artículo 150 del COIP no tomó esa decisión, por lo que, con mayor razón, no le corresponde esa decisión a la Corte Constitucional.
38. En el Dictamen No. 4-19-OP/19 de 26 de noviembre de 2019 esta Corte Constitucional señaló: *“Lo que está totalmente fuera de la institucionalidad constitucional es que, con ocasión del análisis de constitucionalidad de la Disposición Transitoria Segunda, esta Corte examine la constitucionalidad del referido numeral 2 del artículo 150, norma no reformada por la Asamblea Nacional ni objetada por el presidente de la República”*.²¹
39. En tal virtud, en oportunidad de conocer una demanda de inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del COIP, la Corte Constitucional no se encuentra autorizada para pronunciarse sobre un asunto del que no consta el debate democrático y la profunda reflexión de la sociedad en su conjunto, correspondiendo a una cuestión que con las condiciones constitucionales correspondientes le compete a la esfera del Legislador.
40. Esta Corte Constitucional no debe invadir este ámbito, ya que sus atribuciones se circunscriben al control constitucional previo del proyecto de ley que se presentare (objeción de inconstitucionalidad en el debate parlamentario) o al control posterior de la ley que se llegare a aprobar (demanda de inconstitucionalidad de lo aprobado con deliberación parlamentaria); mas no a regular una posibilidad como si tratara del Legislador (al que le corresponde este debate y deliberación democrática).

²¹ Dictamen No. 4-19-OP/19 en: [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c57676dc-189a-45df-8099-bccf1f9b76f9/4-19-op-19_\(0004-19-op\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/c57676dc-189a-45df-8099-bccf1f9b76f9/4-19-op-19_(0004-19-op).pdf?guest=true)

41. Sin embargo, los jueces de mayoría en los párrafos 181 y 182 de la sentencia, se convierten en legisladores y reforman el COIP y no sólo eso, sino que, fuera del rango de sus competencias, interpretan que el nuevo texto del artículo 150 se hace extensivo a todos los sujetos activos de la despenalización: *“Finalmente, esta Corte estima necesario dejar claro que por la redacción del artículo 150 del COIP, ante la declaratoria de inconstitucionalidad de su numeral 2, deja de ser punible el delito de aborto consentido en casos de violación para todos los sujetos activos del mismo, es decir tanto respecto de las mujeres que han sido violadas como del “médico u otro profesional de la salud” que realice el procedimiento”*, excediendo claramente su competencia como Corte Constitucional, e invadiendo el ámbito del legislador de manera grosera.
42. En cuanto a los efectos que la sentencia de mayoría da a la despenalización del aborto por violación, la sentencia dice que son a futuro a partir de su publicación en el Registro Oficial y encarga al legislador la regulación de lo resuelto, y así dictamina que: *“... la falta de regulación no podrá ser pretexto para incumplir esta sentencia, ni sancionar a mujeres o médicos que interrumpen voluntariamente un embarazo producto de una violación sexual.”* (p. 193), aceptando que no existe regulación y dejando de manera irresponsable, abierta la posibilidad de la práctica del aborto por violación, incluso hasta los nueve meses de gestación, ya que nada lo impide.
43. En el párrafo 194 pretende la sentencia de mayoría dar parámetros mínimos, y establece que no se esperará sentencia condenatoria por el delito de violación, y que hasta que haya marco regulatorio se podrá, *“por ejemplo”* presentar una *denuncia penal, examen médico, o la presentación de una declaración juramentada*, permitiendo de manera abierta que, con una simple declaración juramentada o un examen médico, se practique el crimen del aborto.
44. Si en la sentencia de mayoría, se acepta y reconoce que es el legislador el que tendrá que definir el marco regulatorio, lo prudente, responsable y sensato hubiese sido que difieran los efectos de su decisión hasta que el legislador regule el nuevo artículo 150 del COIP, reformado sin sustento legal por la Corte, sin embargo, este pedido puntual también fue negado por los jueces de mayoría, dejando abierto, quién sabe por cuánto tiempo, el aborto indiscriminado por violación, como ha sido descrito en párrafos anteriores.

Conclusión

45. La conciencia y ética en la defensa de los derechos y disposiciones constitucionales me obligan a representar la voz de todos aquellos seres inocentes que aún no tienen voz, que por la decisión individual de sus progenitoras, convalidada por el voto de 7 juezas y jueces constitucionales, se encuentran expuestas a la conculcación más obvia de un derecho fundamental y

primordial, como es el derecho a la vida de cientos o miles de seres humanos indefensos, que el voto de mayoría invisibiliza y vulnera.

46. Es del todo obvio que este caso requería de la convocatoria a una audiencia para que un tema tan sensible y polémico sea debatido y confrontado públicamente, pero esta posibilidad fue negada por la mayoría de siete juezas y jueces en reiteradas ocasiones, haciendo caso omiso a mis justos pedidos. Esa mayoría decidió no abrir al debate ni a la discusión pública y transparente de este asunto de vital importancia y que involucra miles de vidas. Entre las razones para negar la audiencia están que no era necesaria ni obligatoria, que era inconveniente levantar falsas expectativas en la población, conociendo que una mayoría de jueces ya se había consolidado alrededor del tema, y por el temor a posibles recusaciones contra ciertos jueces. Así, la mayoría tomó la decisión de aprobar una sentencia, priorizando el tema la semana anterior, respecto de acciones del 2019, 2020 y 2021, cuya mayoría fueron admitidas hace una semana y que fueron avocadas tres días antes de constar en el Pleno del Orden del día.
47. La audiencia pública hubiese permitido que se expongan las distintas visiones, posiciones y criterios sobre el tema, que se reflejen estadísticas, políticas públicas y normativas de prevención y penalización proporcional de delito de violación dirigidas a los autores de este delito, para excluir el peligro y riesgo de la permisión del aborto libre, no obstante la mayoría tomó la decisión a partir de la prevalencia absoluta del derecho de la mujer a costa del sacrificio de la vida de nasciturus.
48. Entonces me pregunto, ¿cómo se cumple el artículo 45 de la Constitución de la República del Ecuador, que consagra el respeto a la vida desde la concepción? Claramente el voto de mayoría de la Corte Constitucional, a modo de interpretación, está anulando ese derecho fundamental consagrado para el que está por nacer; estableciendo una modificación al texto constitucional para la cual no se encuentra facultada e invadiendo la esfera de libertad de configuración del Legislador, en cuanto al establecimiento de las figuras penales que merecen un debate y deliberación democrática.
49. Las preguntas que quedan sin respuesta en el voto de mayoría son: ¿quién defiende al nasciturus?, ¿cómo se explica que el derecho a vivir ha sido arrancado y arrebatado a seres indefensos e inocentes?; y, en definitiva ¿si no es la Corte Constitucional, entonces quién hace respetar la Constitución?

Dra. Carmen Corral Ponce
JUEZA CONSTITUCIONAL

Razón.- Siento por tal que el voto salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce, en la causa 34-19-IN, fue presentado en Secretaría General el 28 de abril de 2021, mediante correo electrónico a las 19:45; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL

SENTENCIA No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS

VOTO SALVADO

Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez

I. Objeto del voto salvado

1. Respetando la argumentación contenida en la sentencia No. **34-19-IN/21 y acumulados**, expido el presente voto salvado dentro del término establecido en el artículo 92 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).
2. Conociendo la realidad actual que atraviesa el Ecuador, en cuanto a las cifras de denuncias diarias que se presentan por violación, abuso y acoso sexual a niñas y adolescentes¹; que, según la Fiscalía General del Estado, las niñas y adolescentes menores de 14 años son las principales víctimas de abuso sexual²; que, según lo reportado por UNICEF Ecuador, el “65% de los casos de abuso sexual fueron cometidos por familiares y personas cercanas a la víctima”³, y “de los familiares que abusaron, casi el 40% abusó varias veces de la misma víctima y el 14% lo hizo de manera sistemática”⁴; que, según los datos presentados por ONU Mujeres en 2020, el 49.3% de los nacimientos en Ecuador corresponden a madres adolescentes⁵; y que, según el Ministerio de Salud Pública, en 2010, 3.864 niñas menores de 14 años fueron madres en el Ecuador, producto de violencia sexual y en el 2016, el 11% de muertes maternas en el país, correspondió a adolescentes⁶; la suscrita procura poner en relieve la importancia que los datos proporcionados representan, y que, de forma consecuente, aquello genera preocupación social a nivel nacional y precisa un análisis desde un enfoque holístico, pues las decisiones que se tomen en torno a la modificación del tipo penal sobre el aborto requieren, no solo de la configuración legislativa

¹ Informe del General Carlos Alulema, Director Nacional de la Policía Judicial, 11 de mayo de 2019. El Comercio, (12 de mayo de 2019). “En Ecuador se registran 42 denuncias diarias por violación o agresión sexual”. Extraído de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ecuador-denuncias-abuso-sexual-menores.html>

² FGE (2017). El abuso sexual infantil en la mira de la Fiscalía, disponible en <https://www.fiscalia.gob.ec/el-abuso-sexual-infantilen-la-mira-de-la-fiscalia/>.

³ UNICEF Ecuador. Dossier informativo sobre la campaña #AhoraQueLoVes #DiNoMás, agosto de 2017. Extraído de <https://www.unicef.org/ecuador/media/1191/file/Dossier%20informativo%20sobre%20la%20campa%C3%B1a%20#AhoraQueLoVes%20#DiNoM%C3%A1s.pdf>

⁴ *Ibíd.*

⁵ ONU Mujeres. Educación, género y COVID-19, julio de 2020. Extraído de https://www2.unwomen.org/-/media/field%20office%20americas/documentos/publicaciones/2020/07/infografia_educacion_genero_y_covid.pdf?la=es&vs=3258

⁶ Ministerio de Salud Pública-Dirección Nacional de Vigilancia Epidemiológica. (2016). Muerte Materna Ecuador-Gaceta Epidemiológica.

cuyo mandato emana de la misma norma constitucional, sino además, de legitimidad que soporte tales decisiones mediante el ejercicio de la democracia deliberativa a través de los cauces que nos brinda la propia Constitución.

3. Asimismo, teniendo presente que, nuestra Constitución⁷ y pronunciamientos reiterados de la Corte Constitucional⁸ reconocen que el interés superior del niño, desde una dimensión tripartita, debe ser atendido como (i) derecho sustantivo⁹, como (ii) principio de interpretación¹⁰, y como (iii) norma procesal¹¹; la suscrita procura poner de manifiesto que todas las normas, pronunciamientos judiciales y políticas públicas que involucren la toma de decisiones sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, no podrán desatender al interés superior del niño desde cada uno de sus componentes, previo a la adopción de dichas decisiones.
4. Tomando en consideración lo expuesto, expongo las razones de mi disidencia, en los siguientes términos:

II. Argumentos que conforman el voto salvado

Libertad configurativa del legislador en materia penal

5. Teniendo en cuenta el resumen de los antecedentes procesales expuestos en la sentencia de mayoría, en adelante “la sentencia o voto de mayoría”; y, en función de los argumentos vertidos en las demandas de acción pública de inconstitucionalidad, se observa que las normas cuya inconstitucionalidad se

⁷ Constitución del Ecuador “Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.”

⁸ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1880-14-EP/20. Párrs. 38-39; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Párr. 34

⁹ “Como derecho sustantivo, el niño tiene derecho a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y se tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Párr. 34

¹⁰ “Como principio jurídico interpretativo fundamental, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Párr. 34

¹¹ “Como norma de procedimiento, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) que puede tener para el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requiere garantías procesales.” Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21. Párr. 34.

impugna, son las contenidas en los artículos 149 y 150 del COIP, que prescriben lo siguiente:

“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.

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”.*

6. Teniendo en cuenta dicho articulado, en las demandas de inconstitucionalidad del presente caso, se pretendía que, en el numeral 2 del artículo 150 del COIP se elimine la frase “*que padezca de discapacidad mental*” por considerarla inconstitucional; y que, en el artículo 149 del COIP, después de la frase “*una mujer que ha consentido en ello*” a través del pronunciamiento de la Corte, se incluya “*excepto en caso de violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada*”¹².

¹² Con base en dichas consideraciones, luego del análisis constitucional contenido en la sección V. de la sentencia objeto del presente pronunciamiento disidente, mediante decisión de mayoría se resolvió: (i) declarar la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 150 numeral 2 en la frase “*que padezca de discapacidad mental*”; y, (ii) sobre la inclusión de excepciones en el tipo penal contenido en el artículo 149 del COIP, se concluyó que: a) sobre el incesto “*aunque este puede constituir una forma particular de violencia sexual, en la regulación del COIP no existe, autónomamente, un delito penal de incesto. No obstante, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, el incesto se encuentra subsumido en el tipo penal de violación establecido en el artículo 171 del COIP. Por lo que, (...) sobre la penalización de la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, debe entenderse también incluidas aquellas situaciones de incesto que constituyan un delito violación sexual.*”; b) respecto de la inseminación forzada que “*(...) aun cuando la inseminación forzada no se encuentra específicamente tipificada en el COIP, esta conducta se enmarcaría en el delito de violación*”; c) sobre la despenalización del aborto consentido en casos de malformaciones graves, se concluyó que “*su establecimiento y regulación pertenece a la esfera de la libre configuración legislativa. Por la enorme complejidad del aborto eugenésico, su alcance, procedimiento, requisitos, momentos y circunstancias requieren una configuración legislativa que sea producto de una amplia deliberación democrática por parte de los representantes del pueblo, basada en criterios técnicos y de salud pública, que puedan efectivamente garantizar los derechos establecidos en la Constitución*”.

7. A consideración de la suscrita, es preciso referirme al alcance de la libertad configurativa del legislador en materia penal. Dicho alcance emana de la propia Constitución, y prescribe en su artículo 132 numeral 2, que “(t)ipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes” es parte de las materias reservadas a la ley. En concordancia, el artículo 76.3 ibidem, consagra como garantía al debido proceso que “*nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley (...)*”.
8. De conformidad con las disposiciones constitucionales citadas, se ha pronunciado la Corte Constitucional al señalar que, el legislador goza de una libertad configurativa, para determinar los contenidos de la producción legislativa en los aspectos sustantivos y adjetivos de las materias que competen a aquel. En materia penal, esta libertad configurativa se refleja en la competencia de diseñar el catálogo criminal, es decir, determinar las conductas punibles penalmente y sus consecuencias¹³. Así también, debe considerarse que dicha libertad no es absoluta, pues debe encausarse “*dentro de los límites constitucionales, las normas vigentes*”¹⁴.
9. En ese orden de ideas, si bien el legislador tiene libertad configurativa sobre los aspectos sustantivos y adjetivos que componen el orden penal ecuatoriano, de la lectura del artículo 132 numeral 2 de la Constitución se puede observar que la reserva de ley que el Constituyente prescribe al legislador, se refiere de forma particular, a la esfera sustantiva del derecho penal ecuatoriano, esto es “(t)ipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes”.
10. La Corte IDH, mediante la opinión consultiva OC-6/86, ha sostenido que “la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos.”¹⁵

¹³ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6-17-CN/19. Párr. 20. Cfr. Corte Constitucional de Colombia C-746/98, párr. 2.2.

¹⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6-17-CN/19. Párr. 22; Sentencia No. 022-11-SIN-CC dentro del caso No. 0034-10-IN.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. La expresión “LEYES” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Párr. 24

11. Es así que, al abordar al principio de reserva de ley en materia penal, se advierte que el contenido del mismo garantiza que las “normas de naturaleza sustantiva que determinan los comportamientos punibles y las sanciones aplicables”¹⁶ hayan sido adoptadas mediante el proceso de configuración legislativa previsto en la Constitución. En consecuencia, el principio en referencia le garantiza a la Función Legislativa la competencia para modelar cada uno los elementos que conforman la estructura de una conducta punible, a saber, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad¹⁷. Siendo la tipicidad el producto del proceso de selección de las acciones u omisiones que el legislador ha considerado como las más graves e intolerables, y que por ello que requieren ser sancionadas con una pena, por medio de su descripción en la ley penal¹⁸; en ese sentido, observamos que la tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad. La antijuridicidad, por su lado, es el juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento humano que es contrario a las exigencias del resto del ordenamiento jurídico¹⁹; y, la culpabilidad, se refiere al conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica²⁰.
12. Por estas razones, el legislador, en el marco de la actividad configurativa del catálogo criminal, se encuentra facultado para regular, las causas de exclusión o graduación de cada uno de los elementos constitutivos del delito. De este modo, desde la óptica del caso que nos ocupa, el legislador cuenta también con facultad exclusiva para la regulación de las causales de justificación como excluyentes de la antijuridicidad de la conducta típica, que operan bajo un sistema de regla-excepción, que consiste en que, en el mismo cuerpo normativo de abstracciones legales que establece los delitos, se prevean circunstancias excepcionales en las que se autorice realizar un hecho que en principio se encontraba prohibido, de ese modo, bajo la causal de justificación invocada el hecho sería considerado legítimo y consecuentemente no punible.²¹
13. En ese orden de ideas, de la lectura del artículo 150 del COIP se puede advertir el tipo penal de aborto y, el mismo articulado reconoce las dos excepciones a la antijuridicidad de la conducta penal, en otras palabras, el aborto es considerado infracción excepto en los dos supuestos contenidos en los numerales 1 y 2 de dicho artículo. Por lo expuesto se puede observar que la regulación sobre dichas excepciones, que autorizarían realizar un hecho que en principio se encontraba

¹⁶ Álvarez J. M. (2009). Algunos principios del derecho penal sustantivo aplicables al derecho sancionador electoral. En Cienfuegos Salgado, D. y Cifuentes Vargas, M. [Coords.] *El ilícito y su castigo. Reflexiones sobre la cadena perpetua, la pena de muerte y la idea de sanción en el derecho*. UNAM. México. ISBN. 9786077679059. Pág. 21

¹⁷ Muñoz Conde, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá Colombia. Pág. 4

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Op. Cit.* Pág. 32.

²⁰ Jiménez de Asúa, L. (1958). *Principios de Derecho penal, la ley y el delito. Abeledo-Perrot*, 3. Pág. 252

²¹ Muñoz Conde, F. (1999). *Teoría General del Delito*. Ed. Temis. Santa Fe de Bogotá Colombia. Pág. 71

prohibido, en este caso el aborto, se encuentra en la esfera de regulación exclusiva del legislador.

14. En adición a lo expuesto, es preciso señalar que en la toma de decisiones que giren en torno a un tema de transcendencia nacional, como lo es la penalización del aborto, su configuración, sus excepciones y sanciones; al ser la Asamblea Nacional el órgano constitucionalmente facultado para “*aprobar como leyes las normas generales de interés común*”²², es precisamente el foro el que otorga las condiciones necesarias de deliberación y encuentro de posturas, a diferencia de lo que podrían ofrecer los otros poderes del Estado. Únicamente luego de dicha deliberación democrática, transparente, entre los representantes del pueblo deberían estos, a través de la configuración legislativa²³, poder modificar el contenido del tipo penal, mediante su configuración legal, con la finalidad de imponer el ejercicio del *ius puniendi* contra las conductas más graves que atentan contra los intereses más urgentes de los ciudadanos, en este caso, de quienes se encuentran en proceso de gestación.
15. De conformidad con estos criterios, este Organismo ha reiterado de forma consistente que “la configuración del tipo penal y los elementos de cada uno debe ser realizada por la vía legislativa. Es la Asamblea Nacional la que decide cómo definir en la ley penal tales categorías delictivas.”²⁴
16. Es así que, la participación democrática en los procesos de creación de las leyes penales es decisiva e imprescindible; ante lo cual queda a salvo el control de constitucionalidad que puede realizar esta Corte *ex post* sobre el producto de dicha configuración legal, pero es indudable que la forma de ley resulta ser un momento necesario²⁵, pues esta forma legal garantiza la compleja intermediación de los intereses sociales.
17. A partir de lo señalado, pese a que, en los casos 34-19-IN/21 y acumulados se demanda la inconstitucionalidad de los artículos 149 y el numeral 2 del 150 del COIP, se observa que la impugnación de dicha norma, pretende que la Corte Constitucional modifique la configuración legal del tipo penal, en lo referente a las excepciones a la antijuridicidad del aborto, sin que medie un debate democrático ni se hayan agotado las vías dialógicas que legitimen el cambio

²² Constitución. Artículo 132.

²³ Cfr. Köhler, M. (1997). *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Heidelberg. Pág. 73 “*La forma de ley sirve con ello, por un lado para la regulación armoniosa, predecible de complejas relaciones jurídicas interpersonales (sociales): la función de racionalidad de la ley. Por otro lado, la ley garantiza, según su idea, de la mejor manera posible la realización de la voluntad jurídica general en la medida en que se base en una relación de intermediación representativa de la voluntad desde el momento de la formación del Legislativo hasta el procedimiento legislativo: la función de autodeterminación o de legitimación de la ley*”.

²⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 5-13-IN/19. Párr. 68.

²⁵ Abanto Vásquez, M. A. (2003). Principio de reserva de la ley penal versus autoritarismo estatal. *Revista Peruana de Ciencias Penales* (13).

propuesto, asimismo, se desatiende la reserva de ley que prescribe la Constitución para determinar las conductas que constituyen delitos²⁶.

Falta de agotamiento de vías dialógicas

18. Por lo indicado anteriormente, en la sentencia de mayoría, no podría desconocerse la relevancia nacional del tema que nos ocupa, y que su análisis requiere de la participación de la ciudadanía, mediante los variados cauces dialógicos que se prevén en nuestro ordenamiento jurídico y que ocupan un espacio fundamental en la deliberación democrática²⁷ que anteceda a la toma de las decisiones referidas.
19. Aquello parte de que “el derecho constitucional se configura a partir de interacciones que surgen de una perspectiva dialógica o deliberativa entre diversos actores”²⁸ entre estos, está el gobierno central, la Asamblea Nacional, los tribunales que resuelven sobre derechos constitucionales, las reivindicaciones de los movimientos sociales, las minorías cualitativas y cuantitativas, los partidos políticos, entre otros actores sociales. “Estos actores tienen conjuntamente la responsabilidad de hacer cumplir las normas constitucionales y de contribuir a configurar el significado del derecho constitucional. El constitucionalismo contemporáneo debe ser sensible o receptivo a estas instancias porque de esta interacción depende, en últimas, su legitimidad”²⁹; en ese sentido, es fundamental la participación de los diversos actores sociales en el marco de las instituciones democráticas y límites previstos en la Constitución.
20. Por otro lado, aquello se puede observar del lugar privilegiado que la propia Constitución otorga al ciudadano en su artículo primero, el cual establece que

²⁶ Entre los países que han regulado las excepciones al aborto o su despenalización a través del proceso legislativo reconocido en su normativa interna, se encuentran, entre otros: **Argentina** mediante la Ley No. 27.610 del 30 de diciembre de 2020; **Bolivia**, mediante su Código del Sistema Penal del 15 de diciembre de 2017; **Chile**, mediante la Ley No. 21.030, del 23 de septiembre del 2017, que regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales; **Paraguay**, mediante la Ley 1.160, Código Penal, que establece que el aborto no es penalizado en los casos que estén en peligro la vida o la salud de la madre, artículo 352; **Perú**, mediante Decreto Legislativo 635, que contiene su Código Penal que establece que el aborto terapéutico no es penalizado si es practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, cuando es el único medio para salvar la vida de la gestante o para evitar dañar su salud; **Costa Rica**, mediante Ley 4.573, Código Penal, que establece en el artículo 121 del Código Penal, que el aborto sólo está permitido en caso de peligro para la vida o la salud física o mental de la mujer.

²⁷ Cfr. Gargarella, R. (2012). La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial (No. 3). Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición. Pág. 177-178. “La concepción «deliberativa» de la democracia parte de la idea de que un sistema político valioso es aquel que promueve la toma de decisiones imparciales, esto es, decisiones que no resultan sesgadas indebidamente en beneficio de alguna persona o grupo, sino que tratan a todos con igual consideración.”

²⁸ García Jaramillo, L. (2015). ¿Cómo pensar hoy la tensión entre constitucionalismo y democracia? Una perspectiva desde el constitucionalismo democrático. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 60(2), 67-95. Pág. 69

²⁹ *Ibidem*.

“La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

21. En ese orden de ideas, en nuestro ordenamiento jurídico se proponen una serie de prácticas que promueven el diálogo y el involucramiento por parte de la ciudadanía en la toma de decisiones sobre la regulación de sus derechos³⁰. Es así que, la aparición de tales instancias como la iniciativa legislativa de la ciudadanía³¹, así como las audiencias públicas celebradas en el ámbito jurisdiccional³² o legislativo³³, representan *“la promesa de un proceso de toma*

³⁰ Vargas Murillo, A. R. (2020). Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad. Revista de la Facultad de Derecho, (49). Pág. 8. *“Este modelo pretende conciliar la labor de los jueces en la defensa de los derechos fundamentales y la participación ciudadana, en tanto los primeros deben asegurar las condiciones (en términos sustanciales y formales) para discusión pública entre los ciudadanos y los órganos estatales, así como la discusión entre los órganos constituidos, convirtiendo al diálogo en el criterio de legitimidad. Este modelo que tiene como origen las teorías de la democracia deliberativa, ha sido denominado como “constitucionalismo dialógico”.*

³¹ Constitución **Art. 103.** *“La iniciativa popular normativa se ejercerá para proponer la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa o cualquier otro órgano con competencia normativa. Deberá contar con el respaldo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. (...) Para la presentación de propuestas de reforma constitucional se requerirá el respaldo de un número no inferior al uno por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. En el caso de que la Función Legislativa no trate la propuesta en el plazo de un año, los proponentes podrán solicitar al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular, sin necesidad de presentar el ocho por ciento de respaldo de los inscritos en el registro electoral (...)”.* (énfasis añadido)

³² LOGJCC. **Art. 12.** *“Comparecencia de terceros.- Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de amicus curiae que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado. Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción constitucional.”* (énfasis añadido)

Art. 87. *“Audiencia.- Cualquier interviniente dentro del proceso constitucional o cualquiera de los jueces de la Corte puede solicitar que se convoque una audiencia pública ante el Pleno, para que quien hubiere expedido la norma o participado en su elaboración, y el demandante, expongan, clarifiquen, sustenten y profundicen los argumentos de hecho y derecho en que sustentan su pretensión, que será aceptada siempre que la jueza o juez ponente lo considere necesario. De manera excepcional se podrá invitar a la audiencia a otros intervinientes dentro del proceso constitucional, cuando resulte necesario para realizar un análisis completo del proceso. La invitación deberá permitir la diversidad de criterios y pareceres, de haberlos. Esta audiencia se podrá solicitar hasta cinco días después de vencido el término para recabar información, en caso de haberse solicitado, o de las intervenciones públicas y oficiales y se realizará hasta cinco días después de haber sido solicitada.”*

³³ Constitución **Art. 137.** *“El proyecto de ley será sometido a dos debates. La Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, dentro de los plazos que establezca la ley, ordenará que se distribuya el proyecto a los miembros de la Asamblea y se difunda públicamente su extracto, y enviará el proyecto a la comisión que corresponda, que iniciará su respectivo conocimiento y trámite. Las ciudadanas y los ciudadanos que tengan interés en la aprobación del proyecto de ley, o que consideren que sus derechos puedan ser afectados por su expedición, podrán acudir ante la comisión y exponer sus argumentos. (...)”* (énfasis añadido)

*de decisiones más genuinamente vinculado con las expectativas ciudadanas*³⁴ y en ese sentido, *“la deliberación colectiva es, (...), la fuente última de legitimidad del derecho constitucional, que requiere de instituciones que permitan al pueblo involucrarse en la creación del derecho.”*³⁵

22. Por lo expuesto, a consideración de la suscrita, los criterios desarrollados en el presente voto salvado, ponen de manifiesto que, ante un asunto de trascendencia nacional, como el sujeto a análisis, debe procurarse la obtención de una decisión que sea producto del diálogo y la deliberación democrática desde las vías que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, cuyo agotamiento no se devela de la decisión de mayoría. En virtud de lo manifestado, expongo la necesidad de facilitar e institucionalizar el diálogo entre poderes y de estos con la ciudadanía, que se ejerzan competencias de forma legítima y que es necesario que las excepciones a la antijuridicidad del aborto sean tratadas habiéndose agotado toda las instancias que comprendan el diálogo e involucramiento de la ciudadanía y poderes del Estado, lo que no puede ser sustituido por una demanda de inconstitucionalidad que pretende modificar la configuración sustantiva de un delito con excepciones que no han sido previstas ni tratadas siquiera por el órgano legislativo.

III. Cuestiones sin resolver

La vida y los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

23. De la lectura del análisis de proporcionalidad contenido en la sección V. de la sentencia, se observa que, en el párr. 120, se cita al numeral 6 del artículo 11 de la Constitución, el cual prescribe que *“los derechos, (...) son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”* y, en razón de ello, se enfatiza en que *“no existen derechos de mayor o menor importancia en cuanto al respeto a la dignidad humana que los fundamenta”*.
24. A continuación, en el párrafo 121 de la sentencia de mayoría, se cita al caso *Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica* en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) interpreta el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) y establece en la citada jurisprudencia internacional, que el derecho a la vida conforme se encuentra contemplado en la CADH, no debe entenderse como un derecho absoluto,

³⁴ Gargarella, R. (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. Vol. 14, n. 2, (dic. 2013). ISSN: 1851-684X. Pág. 25

³⁵ Niembro Ortega, R. (2017). La justicia constitucional de la democracia deliberativa. Pág. 175. El autor además indica que *“Esto no significa que los jueces se limiten a reflejar los desarrollos sociales, sino que participan en un debate social sobre el significado de la Constitución, condición necesaria de la democracia. Desde esta perspectiva, el Tribunal está en un diálogo permanente con la cultura política, de la que no puede alejarse demasiado si es que quiere evitar una crisis”*.

además señala que el término “*general*” permitiría establecer excepciones, que deberán desarrollarse en el ordenamiento interno de cada Estado Parte.

25. No obstante, en atención a la aplicación de dicha sentencia en el pronunciamiento de mayoría³⁶, a consideración de la suscrita es de suma importancia que se tome en cuenta lo siguiente: (i) que dicho pronunciamiento de la Corte IDH, se realizó en el contexto de un caso que se refiere a la fecundación in vitro, y en ningún sentido se abordaron las excepciones a las que se refiere la sentencia de mayoría, respecto a la regulación del aborto en casos de violencia sexual; y que, (ii) La sentencia de mayoría, en la formulación del acápite “*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*” desarrolla ampliamente “*el derecho a la integridad de las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual*” sin embargo, no se advierte que le conceda un espacio de desarrollo equivalente, al derecho a la vida, al contrario su referencia es meramente enunciativa³⁷. Por lo que, consecuentemente, del análisis elaborado en dicha sección, aplicando los criterios de la jurisprudencia³⁸ citada, no permite concluir de qué forma, no se minimiza o subordina todo lo referente al “*derecho a la vida*” en contraste con los derechos mencionados. Es así que, la perspectiva de análisis del caso por la que se opta en la sentencia de mayoría, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a reducir la protección del “*derecho a la vida*”.
26. Desde la óptica expuesta, debido a la necesidad de análisis sobre el derecho a la vida en la sentencia de mayoría, vale precisar que de acuerdo con el derecho internacional en materia de derechos humanos y en especial de los instrumentos internacionales incorporados en el bloque de constitucionalidad³⁹ ecuatoriano, la

³⁶ El cual concluyó, a partir de la interpretación realizada por la Corte IDH del art. 4.1 que señala que el derecho a la vida no es absoluto y su protección no puede “*justificar la negación total de otros derechos*”, debe modificarse el tipo penal contenido en el artículo 150 del COIP, eliminando la frase “*que padezca de discapacidad mental*”.

³⁷ Párr. 116 y 117 de la sentencia objeto del presente voto salvado.

³⁸ “ (...) *el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos. (...) Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella*”. (énfasis añadido) 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

³⁹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-067/03 de 4 de febrero de 2003. En ese sentido, es pertinente reiterar en qué consiste el bloque de constitucionalidad. Al respecto la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que, de forma general, es aquella unidad jurídica compuesta “*por normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar*

suscrita advierte que los mismos reconocen la facultad que tiene cada Estado parte para regular la forma de protección y el ejercicio del derecho a la vida, ajustados a su normativa constitucional y legal interna, procurando velar por no vaciar su contenido.

27. Tomando en cuenta lo indicado, resulta pertinente exponer ciertas precisiones sobre la actual regulación del derecho a la vida en nuestro ordenamiento jurídico. En tal virtud, se observa que el Constituyente⁴⁰ contempló la protección de este derecho a favor del *nasciturus* en el artículo 45 y en el numeral primero del artículo 66 de la Constitución y, le otorgó al mismo, la calidad de titular del derecho en los siguientes términos:

*“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y **garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción (...)**”.* (énfasis añadido)

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

1. El derecho a la inviolabilidad de la vida. (...).”⁴¹

28. Asimismo, se puede observar la forma en la que se encuentra consagrado el derecho a la vida en el plano internacional, tanto en el sistema universal como en el interamericano, en razón de los instrumentos internacionales que se encuentran ratificados por el Ecuador.
29. De lo expuesto, se puede advertir que, en el marco normativo básico del sistema universal sobre el derecho a la vida, se establece en el primer numeral del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que *“1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.”* (énfasis añadido)

de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu”.

⁴⁰ Asamblea Constituyente. Acta No. 050 del 12 de mayo de 2008. Págs. 74 y ss. La despenalización del aborto fue un asunto ampliamente discutido de entre los asambleístas constituyentes, habiendo posturas que, por un lado argumentaban que debía asegurarse el derecho a la vida desde la concepción sin excepciones y otras que sostenían que aquello abría la posibilidad para el desconocimiento del aborto terapéutico, lo cual conllevaría el aumento de las tasas de mortalidad materna y a empeorar la situación de la salud de las mujeres ecuatorianas, en ese sentido proponían que se establezcan excepciones.

El texto constitucional que se aprobó finalmente, reconoce el derecho a la vida tal como constaba en la Constitución de 1998, y lo manifiesta de la siguiente forma en el artículo 66, numeral 1: *“El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”.* A su vez, En la sección de la niñez y la adolescencia se aprobó el siguiente artículo 45 *“El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción”.*

⁴¹ Es así que se puede identificar que, el bien jurídico protegido por el legislador en la norma penal contenida en los artículos 149 y 150 del COIP, es el derecho a la vida. Cfr. Vásquez, M. A. A. (2006). Acerca de la teoría de bienes jurídicos. Revista Penal, (18), 3-44. Pág. 16-17.

30. Por otro lado, el Comité de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en el Comentario General realizado sobre el artículo citado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señaló, entre otras cosas, que: *“La expresión ‘el derecho a la vida es inherente a la persona humana’ no puede entenderse de manera restrictiva y la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados Partes tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias.”*⁴². (énfasis añadido)
31. En concordancia con lo indicado, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su preámbulo la necesidad de protección del niño *“tanto antes como después del nacimiento”* y, en el primer artículo de dicha convención, dentro de la definición de *“niño”*, el mismo se puede encontrar contenido en el período previo a su nacimiento, pues prescribe que: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”*⁴³ (énfasis añadido)
32. En el mismo sentido, la CADH reconoce en su artículo 4.1, que *“toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”*. (énfasis añadido)
33. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte IDH”) interpretó el artículo 4.1. de la CADH, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, conforme lo indicado en el párrafo 31 *ut supra*, y estableció que *“el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos”*.

⁴² Observación General No. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 6 - Derecho a la vida, 16º período de sesiones U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

⁴³ Cabe señalar que en los trabajos preparatorios de la Convención, la omisión anotada fue deliberada, pues se consideró que debía quedar en mano de los Estados Partes la discreción para adoptar, de conformidad con sus valores, una definición de lo que es un niño, que se extiende, por consiguiente, a un concepto de vida protegido por la Convención.

De acuerdo con los anteproyectos de la Convención, el primero de ellos se sustruía de dar una definición de *“niño”* y uno posterior lo definía como todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de los dieciocho. Existió una tercera propuesta para que se definiera niño desde el momento de la concepción, pero esta también fue rechazada. Finalmente, ante las divergencias, se soslayó el tema. Lo anterior de acuerdo con los documentos preparatorios de la Convención E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48 Citado en: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Normativa, Jurisprudencia y Doctrina de los Sistemas Universal e Interamericano. Pág. 804.

34. A consideración de la suscrita, la interpretación que antecede, en concordancia con el contenido literal del artículo 4.1. de la CADH guarda armonía con la protección que el Constituyente ecuatoriano le ha concedido al derecho a la vida en sus artículos 45 y 66 numeral primero, a partir de los cuales se despliega el resto del ordenamiento legal interno. Desde esa óptica, específicamente, sobre la regulación interna penal, que atañe a la protección del derecho a la vida del nasciturus; de la misma norma constitucional emana la facultad de la Asamblea Nacional, para configurar de forma especial y reservada, entre otros, el tipo penal del aborto, y en ese sentido establecer las sanciones correspondientes. Es por ello, que la Corte Constitucional tampoco podría desconocer dichas facultades, pues tanto nuestra Constitución en su artículo 132 numeral 1, como la CADH en su artículo 4.1, remiten ese debate a la configuración legislativa, debiendo procurar, encausarse “*dentro de los límites constitucionales, las normas vigentes*”⁴⁴; lo que indiscutiblemente nos lleva a la necesidad de la deliberación democrática expuestas en párrafos precedentes.
35. Cabe añadir que, nuestra Constitución, en su artículo 44, establece que debe atenderse el interés superior del niño y que sus derechos prevalecerán sobre las demás personas y que este principio, como lo ha reconocido esta Corte obliga a que todas las normas, pronunciamientos judiciales y políticas públicas que involucren la toma de decisiones sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes, deben atender dicho principio como derecho sustantivo, norma procesal y principio de interpretación, previo a la adopción de dichas decisiones⁴⁵. De la sentencia de mayoría no se devela justificación o explicación alguna relacionada a la prevalencia de los derechos del niño ni tampoco atiende el interés superior del niño en sus componentes; cuando precisamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes se encuentran en juego, no únicamente respecto del nasciturus sino también respecto de todos los niños, niñas y adolescentes que pueden verse involucrados en procesos o infracciones de aborto y/o violación sea como víctimas o adolescentes infractores.

Dificultad de llevar el feto a término

36. En atención a la sección VI. sobre los efectos de la sentencia aprobada por mayoría, resulta preocupante que, por un lado, se reconozca que “*la interrupción del embarazo en casos de violación requiere de una legislación que fije los límites objetivos y técnicos dentro de los cuales puede ser efectuada legalmente, lo que incluye la fijación de un tiempo máximo de gestación permitido (semanas)*”⁴⁶ y que por otro lado, se establezca que el proyecto de dicho marco regulatorio deberá ser remitido por parte del Defensor del Pueblo a la Asamblea Nacional en el plazo máximo de 2 meses contados desde la notificación de la

⁴⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 6-17-CN/19. Párr. 22; Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 022-11-SIN-CC dentro del caso No. 0034-10-IN.

⁴⁵ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 2691-18-EP/21.

⁴⁶ Párrafo 194 literal c) de la sentencia objeto del presente voto salvado.

sentencia y consecuentemente “*se[a] conocido y discutido (...) por la Asamblea Nacional dentro del plazo máximo de 6 meses contado desde la presentación del proyecto de ley*”⁴⁷. En otras palabras, durante más de ocho meses desde la notificación de la sentencia referida, se podrá acceder al aborto consentido en casos de violación sin contar con claridad respecto del tiempo máximo para la interrupción del embarazo, desconociendo el derecho a la vida del *nasciturus* en razón del avance de su desarrollo⁴⁸, pudiendo aquello, incluso provocar severas repercusiones en la vida y la salud de las mujeres gestantes.

37. En tal sentido, a consideración de la ponente de este voto salvado, debe de tenerse en cuenta que el tiempo de gestación biológicamente dura un tiempo limitado que, en muchos casos, se encontrará contenido en su totalidad, dentro del período de ausencia de norma regulatoria, lo que podría acarrear, graves vulneraciones al *nasciturus* que cuente con viabilidad fetal⁴⁹, cuya protección equivale a la de una vida humana; así como, vulneración del derecho a la salud y a la integridad física de la mujer gestante.
38. En razón de lo evidenciado, reitero, una vez más, la necesidad de configuración legislativa en los términos desarrollados en el presente pronunciamiento y la necesidad de que se agote el debate democrático con participación de sectores de la ciudadanía y poderes del Estado para dirimir las tensiones que se han puesto de manifiesto, entre el principio de legalidad, el derecho a la vida, el interés superior del niño así como la legitimidad de las normas que tengan un impacto en el tipo delictivo y la pena, pues la deliberación colectiva es, la fuente última de legitimidad del derecho constitucional, que requiere de instituciones que permitan al pueblo involucrarse en la creación del derecho.

Tensiones con el debido proceso penal

⁴⁷ Párrafo 195 de la sentencia objeto del presente voto salvado.

⁴⁸ En un sinnúmero de legislaciones se regula de forma expresa la regla general del tiempo máximo para interrumpir el embarazo de forma consentida. Algunos ejemplos los podemos observar en **Italia** y **Austria** donde se puede interrumpir el embarazo hasta el primer trimestre de gestación; en **Chile**, **Ciudad de México**, **Cuba**, **Francia**, **Alemania**, **Bélgica**, **Bulgaria**, **Dinamarca**, **Finlandia**, **Noruega**, **Polonia**, **Rusia** hasta las 12 semanas; en **España** y en **Argentina** hasta las 14 semanas.

⁴⁹ “**Aborto:** La Organización Mundial de la Salud define el aborto como la interrupción del embarazo cuando el embrión o feto todavía no es viable fuera del vientre materno (ver Viabilidad fetal). Después de la viabilidad, la interrupción del embarazo se considera inducción de parto prematuro. Si la intención es la eliminación del feto se considera aborto tardío (late-term abortion). Aborto en sentido jurídico es toda maniobra destinada a interrumpir el embarazo impidiendo que llegue al término natural, con destrucción o muerte del producto.

Viabilidad fetal: Es la edad gestacional a partir de la cual es posible la vida extrauterina. La OMS define este límite en las 20 semanas de edad gestacional (18 semanas después de la fecundación), o en más de 400 grs. si la edad gestacional es desconocida. Sin embargo, el límite de viabilidad depende del progreso médico y tecnológico, estando actualmente en torno a las 23 semanas de gestación o en 500 gr. de peso al nacer.” Astete, C., Beca, J. P., & Lecaros, A. (2014). Propuesta de un glosario para la discusión del aborto. Revista médica de Chile, 142(11), 1449-1451.

39. La sentencia de mayoría postula que “En ningún caso, se podrá penalizar la interrupción voluntaria del embarazo por el hecho de que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de violación. Al respecto, esta Corte considera que tal exigencia forzada constituiría un requisito que, en la práctica, promovería la maternidad forzada de las víctimas, pues mientras la gestación biológicamente dura un tiempo limitado, el proceso penal atraviesa una serie de etapas y cuenta con varias instancias que superan el tiempo de gestación. Por lo que, para tales efectos, deberá considerarse otras opciones como, por ejemplo, denuncia penal, examen médico o declaración jurada, mismas que deberán ser apropiadamente reguladas por el legislador”⁵⁰.
40. Al respecto, debe de tomarse en consideración que la aplicación de la excepción a la punibilidad de la conducta del aborto de acuerdo al numeral 2 del artículo 150 del COIP, se encuentra legalmente condicionada al cometimiento del delito de violación, la decisión de mayoría, sin desarrollar una debida ponderación, crea una especie de fórmulas de prueba por medio de las cuales es posible acreditar la existencia de un delito, produciendo una importante tensión con las normas del debido proceso penal.
41. Estas alternativas dadas en el voto de mayoría además están sujetas a una regulación posterior; lo cual agrava su posibilidad de aplicación pues debe de tenerse en cuenta que, durante el período de ausencia de norma regulatoria de más ocho meses, habrá incertidumbre sobre los medios y la forma de probar el delito de violación, como condicionante para acceder al aborto; incidiendo negativamente en la seguridad jurídica y en la certeza jurídica que debe regir la aplicación del derecho penal para los ciudadanos y en general los operadores de justicia.
42. En mérito de las razones expuestas, esto es, en consideración de que el voto de mayoría contraviene el principio de reserva de ley sustantiva en materia penal, no agota la vías dialógicas que exige la deliberación y construcción democrática del Derecho, y origina una importante tensión con el derecho a la vida, a la seguridad jurídica en lo que concierne a las normas del debido proceso penal, a la dificultad de llevar el feto a término y a la ponderación del principio de interés superior de niñas, niños y adolescentes, decido salvar mi voto.

Dra. Teresa Nuques Martínez
JUEZA CONSTITUCIONAL

⁵⁰ Párrafo 194 literal a) de la sentencia objeto del presente voto salvado.

Razón.- Siento por tal que el voto salvado de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez, en la causa 34-19-IN, fue presentado en Secretaría General el 29 de abril de 2021, mediante correo electrónico a las 08:17; y, ha sido procesado conjuntamente con la Sentencia.- Lo certifico.

Dra. Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL