



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO, DESDE LA ÓPTICA
CONSTITUCIONAL EN ECUADOR”**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA.**

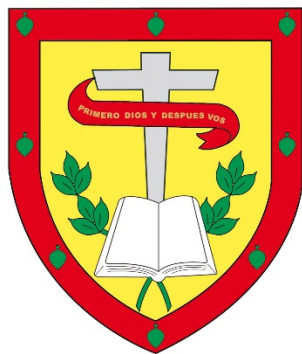
AUTOR: YASMANY JESUS RIVAS PALACIOS

DIRECTOR: DR. JULIO CESAR GARATE AMOROSO

LA TRONCAL - ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO, DESDE LA ÓPTICA
CONSTITUCIONAL EN ECUADOR”**

ARTÍCULO CIENTÍFICO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA.**

AUTOR: YASMANY JESUS RIVAS PALACIOS

DIRECTOR: DR. JULIO CESAR GARATE AMOROSO

LA TRONCAL - ECUADOR

2022

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO
UNIDAD DE TITULACIÓN**

La Troncal, 24 de Mayo del 2022

Sección: UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

Asunto: Aprobación de trabajo de titulación.

Señor Abogado
Ricardo Alarcón Vélez
UNIDAD DE TITULACIÓN
UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

De mi consideración:

Con un atento y cordial saludo me dirijo a usted para desearle éxitos en sus funciones diarias.

El suscrito tutor del trabajo de titulación, certifica que el trabajo titulado “LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO, DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL EN ECUADOR” desarrollado por el estudiante Yasmany Jesús Rivas Palacios, con número de cédula 1150532818, ha sido guiado y revisado periódicamente y cumple normas estatutarias establecidas por la Universidad Católica de Cuenca.

Particular que pongo en su conocimiento para los fines legales consiguientes. Sin otro particular me suscribo de Usted.

Atentamente,



Firmado electrónicamente por:
**JULIO CESAR
GARATE
AMOROSO**

Dr. Julio Gárate Amoroso. Mg.
TUTOR

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mi madre Lida Palacios por ser la guía de cada acto que realizo, ser el mayor apoyo en mis estudios, su comprensión y dedicación que ha puesto en mí; a mi hermana Daniela Rivas Palacios y a todos mis familiares por ser el incentivo para seguir adelante.

Yasmanny Jesús Rivas Palacios.

AGRADECIMIENTO

Brindo mis más sinceros agradecimientos a todas las personas que hicieron posible la realización y culminación de este trabajo, y de manera muy especial a mi madre Lida Palacios quien me apoyó y acompañó a lo largo de mi carrera universitaria, además quiero agradecer a la Universidad Católica de Cuenca extensión San Pablo de La Troncal, por haber sido mi casa de estudios superiores y a todos mis maestros por haberme dado la formación necesaria para enfrentarme al mundo profesional.

Yasmany Jesús Rivas Palacios.

1. RESUMEN

La penalización del aborto ha sido a lo largo del siglo XX y parte del siglo XXI un fenómeno cuyos efectos han afectado derechos humanos de la mujer, de forma tal que la legislación vigente ha reconocido únicamente la viabilidad de este tipo de acciones en casos de violación de mujeres con discapacidades mentales o de evidenciarse que el embarazo supone un peligro para la salud o vida de la mujer. La protección a los derechos de la mujer en pos de precautelar el derecho de la mujer a una reproducción planificada y la autodeterminación de su cuerpo, para el año 2021 la Corte Constitucional ecuatoriana declaró la inconstitucionalidad de la prohibición del aborto para mujeres víctimas de violación, destacando los efectos negativos de la obligatoriedad del embarazo para las mujeres, además de tomarse en cuenta que dicho acto supone una violación a los derechos de autodeterminación e independencia de la mujer. La metodología utilizada en la investigación se corresponde con el tipo cualitativo, con modalidad bibliográfica documental. En la investigación se concluyó que la declaración de inconstitucionalidad de la prohibición del aborto para mujeres víctimas de violación se revela como una acción de retribución histórica a los derechos de la mujer, así como también se corresponde con un acto de justicia y materialización de los derechos de la mujer, contenidos en acuerdos internacionales signados por el país.

Palabras claves: Aborto, derechos de la mujer, Corte Constitucional, violación, principio de dignidad.

2. ABSTRACT

Throughout the 20th century and part of the 21st century, the criminalization of abortion has been a phenomenon. The effects of which have affected the human rights of women in such a way that current legislation has only recognized the viability of this type of action in cases of rape of women with mental disabilities or evidence demonstrates that this represents a danger to the health or life of the woman. The protection of women's rights in order to ensure women's right to planned reproduction and self-determination of their bodies, for the year 2021, the Ecuadorian Constitutional Court declared the unconstitutionality of the prohibition of abortion for women victims of rape, highlighting the adverse effects of the compulsory nature of pregnancy for women, in addition to taking into account that the mentioned act supposes a violation of the rights of self-determination and independence of women. The methodology used in the research corresponds to the qualitative type, with documentary bibliographic modality. This investigation concluded that the declaration of unconstitutionality of the prohibition of abortion for women victims of rape revealed as an act of historical retribution for the women's rights, as well as an act of justice and materialization of women's rights, included in international agreements signed by the country.

Keywords: Abortion, women's rights, Constitutional Court, rape, principle of dignity.

3. INTRODUCCIÓN

A partir del año 1872 el aborto consentido es considerado un delito en Ecuador, siendo desde 1938 que se incluye la definición penal del aborto, la cual contiene dos excepciones relativas a la preservación de la vida o la salud de la mujer y el embarazo como resultado de la violación de una mujer con discapacidad mental (Anzorena, 2014). Sin embargo, este último fue declarado inconstitucional en la Sentencia 34-19-IN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador el 28 de abril de 2021. El máximo órgano de gobierno constitucional en la decisión que no es objeto de apelación determinó que toda mujer que haya sido violada independientemente de su capacidad mental puede acceder a un aborto legal.

La ampliación parece menos controvertida, dado que los abortos por violación para mujeres con discapacidad mental en el sistema legal ecuatoriano se han mantenido intactos durante unos 83 años (Tribe & Dubravka, 2013). Sin embargo, la decisión de la Corte Constitucional ha sido fuertemente criticada, especialmente por grupos religiosos y otros que se han identificado como pro-vida o pro-familia, dado que considera que la decisión es contraria a la protección del derecho constitucional a la vida desde la concepción (Tribe & Dubravka, 2013).

Se observaron criterios similares en dos votos salvados emitidos por dos jueces de la Corte Constitucional por una decisión mayoritaria de que el aborto por violación había sido despenalizado en todos los casos. Entonces, ¿cuál es la base legal para estos problemas? Para responder a esa pregunta, es necesario ubicar la decisión judicial en un contexto conciso para determinar el razonamiento de la Corte Constitucional del Ecuador.

El primer elemento a destacar es que la sentencia se dictó en el marco de una acción de inconstitucionalidad, es decir, en el marco de control constitucional; entender la competencia que faculta a la Corte Constitucional para identificar y sustraer del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones de la ley que estén en conflicto con la Constitución o sean incompatibles con ella. Esta facultad de derogar cualquier acto normativo que no se ajuste a la regulación básica garantiza la fuerza normativa de la constitución y el principio de soberanía constitucional (Leandry, 2021).

A partir de los elementos expuestos se verifican movimientos sociales enfocados en la salvaguarda y protección de los derechos de la mujer, situación que se ha visto

favorecida a partir del respaldo derivado de la Constitución del 2008 con el objetivo de lograr la despenalización parcial del aborto, de forma tal que dichas organizaciones recurrieron a la Corte Constitucional como resultado de la negativa de la Asamblea Nacional en septiembre del 2019 a dicha acción.

De ahí que se verifique en el período comprendido entre 2019 y 2020 un aproximado de 14 demandas de inconstitucionalidad, así como más de un centenar de *amici curiae* en contra de los artículos 149 y 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal vigente. Destacándose en dichos artículos sanciones de privación de libertad que oscilan entre seis meses a dos años a aquellas mujeres que optan por el aborto justificándose dicha acción en casos de precautelar la vida de la mujer o en las violaciones a mujeres con discapacidad mental.

Quedando de manifiesto que la presentación de la demanda de inconstitucionalidad se revela como causal incompatible con los derechos constitucionales de las mujeres víctimas de violaciones sexuales y sufren las consecuencias que se derivan de dicho acto ilícito (Chanda, 2020). Es importante destacar que dentro de la legislación vigente se observa como prioridad la precautelarían de la vida dese el momento de la concepción de forma tal que al permitirse el aborto se evidencia antagonismos en el orden legal vigente sin que ninguna justificación como violación o embarazo no deseado posean el peso suficiente para que se contravenga un artículo constitucional en el cual el Estado adquiere el compromiso de precautelar la vida desde su concepción.

El aborto se considera un tabú social dadas sus implicaciones morales, éticas, sociales, psicológicas y afectivas, revelándose dicha práctica en la actualidad como una manifestación tangible de la deshumanización social y al mismo tiempo como una falencia en la capacidad del Estado de asegurar la vida de los ciudadanos (Ohana, 2021).

A la luz de lo anterior, el objetivo de este artículo es analizar la despenalización del aborto como mecanismo para prevenir la persecución de las mujeres víctimas de violencia sexual, analizando las diferentes posiciones discutidas en relación al aborto utilizando esta práctica de despenalización a nivel nacional e internacionalmente (Veil, 2019).

Para ello, como parte de la investigación se deben realizar las siguientes preguntas: Si la violación es un delito, ¿es causal de embarazo? Si el aborto terapéutico es legal por razones de salud, ¿la violación debería conducir a una violación legal? pero pone en peligro la salud mental de las mujeres; ¿El derecho a la dignidad, la libertad y la igualdad no deriva de decidir qué hacer con el propio cuerpo? Y si el aborto es un tema de derechos humanos, ¿por qué se criminaliza?

4. METODOLOGÍA

4.1. Enfoque de la investigación:

La investigación es cualitativa, siendo un método de recopilación y evaluación de datos no estandarizados. La misma será utilizada para dar a conocer la forma en la que la despenalización del aborto producto de una violación respeta los derechos consagrados en la Constitución de la República del Ecuador dado que se estudiarán los diferentes puntos de vista de los autores, así como los argumentos debatidos por la Corte Constitucional.

4.2. Tipo de Investigación

Método analítico – sintético.

Mediante el análisis del procedimiento de reducción se conocerá el alcance, tipos y concepto de cada uno de ellos, la división de sus partes y un conocimiento completo de su desarrollo. Gracias a la síntesis, será posible recrear el fenómeno de la despenalización del aborto producto de una violación, así como el derecho a la vida desde su concepción.

Método inductivo deductivo.

Son estrategias de razonamiento lógico en las que el método inductivo utiliza ciertas premisas para llegar a una conclusión general y el método deductivo utiliza principios generales para llegar a una conclusión específica, método que se aplica sobre la base de un análisis lógico racional acerca de la problemática de la discriminación de la mujer violada de ahí que se establezcan los argumentos de la Corte Constitucional para su despenalización.

Método exegético jurídico.

Este método proporcionará una interpretación literal de lo que dice la ley, no de lo que probablemente se pretendía. Por tanto, la normativa aplicable debe ser leída,

interpretada y aplicada de acuerdo con su alcance literal y normativo, sin descuidar el criterio del numerador.

4.3. Técnicas e instrumentos de recolección de información

Los métodos y herramientas de recolección de información están ilustrados por el conjunto de materiales que se utilizarán para desarrollar la encuesta, de la siguiente manera:

Técnica del fichaje.- Se utiliza la técnica de fichaje para obtener información teórica de fuentes primarias como libros, revistas, periódicos, códigos, transcripciones de los aportes más importantes que ayudarán en el estudio.

Fichas bibliográficas.- Este estudio utilizará una ficha bibliográfica, que es una pequeña ficha diseñada para registrar detalles de un libro o artículo. Estos registros consisten en libros o artículos que pueden ser útiles para una investigación, como los autores de audiencias o leyes y códigos publicados, no solo los encontrados o leídos físicamente.

Procedimiento de Investigación

Para el análisis de los textos constitucionales se utilizarán fichas nemotécnicas que sirven para retener aspectos dentro de la fuente de información, que se utilizarán en el desarrollo del trabajo escrito y la investigación en general, muy común para el tipo de estudio.

5. RESULTADOS

5.1. Aborto

Desde 1938 hasta abril de 2021, el derecho al aborto estaba vigente en Ecuador cuando el embarazo amenazaba la salud o la vida de la gestante o resultaba de la violación de una persona con discapacidad mental. En Ecuador, las mujeres embarazadas, incluidas las víctimas de violación, enfrentan muchas barreras para acceder al aborto legal y la atención posterior al aborto, estos incluyen hasta dos años de prisión, estigma y maltrato (Erin, 2017).

La Constitución ecuatoriana de 2008 avanza significativamente en la protección de las diversas mujeres, esta condición incluye la ampliación del contenido de los derechos individuales y una garantía constitucional de su plena vigencia y protección

judicial, así como la obligación de establecer medidas judiciales para proteger a las mujeres (Melgar, Lerner, & Guillaume, 2016).

Al mismo tiempo, obliga a las instituciones públicas y privadas a respetar las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, que protege y garantiza la igualdad de género en la realización de los derechos de las mujeres como seres humanos (Ohana, 2021).

Paradójicamente, subrayando estos importantes logros jurídicos, todas las consecuencias antes descritas, tras la penalización del aborto, incluyen severas restricciones al goce de diversas mujeres de derechos constitucionales y humanos, incluido el derecho a la vida, al libre desarrollo, la salud, la independencia reproductiva, el principio de igualdad, la no discriminación, la dignidad, la intimidad, la integridad humana y el principio de la dignidad humana (Ohana, 2021).

En cuanto a la protección de la salud, la Constitución ecuatoriana ha ampliado su contenido para hacer cumplir esta ley en su complejidad, no solo en la medicina sino también en el campo de la prevención, en particular al vincular la eficacia a la protección de la vida y el ejercicio de la protección personal (Ohana, 2021).

A pesar de esta base constitucional protegida, la penalización del aborto voluntario limita el acceso a la atención médica temprana y por ende el derecho a la salud reproductiva. En lo que respecta al derecho a la vida ya la integridad personal de las mujeres, la Constitución ecuatoriana y el derecho internacional de los derechos humanos prohíben cualquier acto u omisión que lesione la integridad física, psíquica y emocional de los seres humanos; Sin embargo, el delito de aborto sumado al carácter moral de una sociedad patriarcal viola esta ley, que en muchos casos vulnera el derecho de la mujer a la vida (Leyra, 2021).

En el Caso *Llantoy Huamán vs. Perú*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha dejado en claro que el derecho a la vida no puede ser interpretado de manera restrictiva, sino que de hecho requiere que los Estados tomen medidas positivas para protegerlo, incluso las necesarias para lograrlo recurren a abortos clandestinos, que ponen en peligro su salud y su vida, especialmente la de las mujeres pobres (Ohana, 2021).

En este caso, cabe recalcar que sería posible eliminar la penalización del aborto voluntario según los estándares constitucionales e internacionales, lo que, junto a los estereotipos que caracteriza el patriarcado, es contradictorio, entre otras cosas, con el ejercicio de los derechos reproductivos, así como estándares para la protección de los derechos humanos de las mujeres, como aún hoy es evidente (Ohana, 2021).

En el primer caso, la Constitución ecuatoriana prevé, en el marco de los derechos reproductivos, decidir cuándo y cuántos hijos. Este reconocimiento constitucional está en línea con los estándares de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo, así como con la recomendación de la Organización Panamericana de la Salud, que enfatiza la posibilidad de una vida sexual satisfactoria, segura y responsable para las personas, así como la capacidad de reproducirse y la libertad de decidir si reproducirse, cuándo y con qué frecuencia (Melgar, Lerner, & Guillaume, 2016).

El ejercicio de este derecho, combinado con la cristalización de la igualdad material y el principio de la dignidad humana, como afirmaba Ferrajoli, de los derechos de los sexos o, por así decirlo, del "derecho al poder", puede conducir a una pre-Acto emprensivo de naturaleza jurídica o metajurídica porque refleja la fuerza natural de una diferencia únicamente femenina” que permite a las mujeres garantizar el acceso al aborto en condiciones razonables (Melgar, Lerner, & Guillaume, 2016).

En segundo lugar, si bien la vida futura del niño por nacer se considera un objetivo legítimo de protección estatal, su nivel de protección es reducido en comparación con la protección de los derechos de las mujeres durante el aborto (Ohana, 2021).

La Corte Constitucional el 28 de abril dictaminó que el aborto está despenalizado en todos los casos en que el embarazo sea resultado de una violación, lo que eliminaría el requisito de discapacidad mental. Señalando que:

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 (Corte Constitucional del Ecuador, 2021).

La Corte concluyó que no había pruebas concretas u objetivas de que la penalización del aborto disuada de realizarlo, en cambio, los alienta a participar en prácticas encubiertas y peligrosas que ponen en peligro sus vidas y su salud.

Queda en evidencia que existe una marcada ligereza en el análisis del aborto por resultado de violación en Ecuador, aduciéndose a valores sociales, principios éticos y finalmente a la precautelación de la vida, de forma tal que debe tomarse en cuenta en primer término las acciones de protección y recuperación de las víctimas de violación garantizando toda la atención médica y psicológica que demande (Cook, Erdman, & Dickens, 2016).

5.2. Criterios a favor y en contra del aborto

El aborto es un delito que amenaza la vida del niño por nacer. El Nasciturus es un individuo de la especie humana y como tal posee todos los derechos asociados a su calidad de ser humano. El Código Penal protege la vida del no nacido al cometer el delito de aborto.

Los derechos fundamentales, inalienables e inalienables tienen el mismo nivel jerárquico confirmado por la Corte Constitucional; Sin embargo, en caso de conflicto de derechos fundamentales, es necesario considerar si la ley merece mayor protección en un caso particular, es decir, la aplicación del principio de proporcionalidad; el principio de proporcionalidad exige, entre otros, que el valor o los bienes jurídicos se sacrifiquen sólo en la medida necesaria para el ejercicio de la prelación; por tanto, debe elegirse siempre con igual eficacia la solución menos gravosa.

El derecho a la vida precede a otros derechos fundamentales y al derecho a ejercer otros derechos, porque si desaparece, posibilita que los derechos humanos alcancen su protección.

La Corte Constitucional, como argumento para despenalizar el aborto por violación, gira sobre la base de los derechos de la mujer, que ya se ha mencionado,

argumentando que no se puede obligar a una mujer a soportar las consecuencias de una violación, es decir, un embarazo no deseado.

Si bien es cierto que la violación tiene muchas consecuencias negativas, también es cierto que los abortos no las tienen. El aborto en sí mismo crea traumas físicos y psicológicos que exacerban las consecuencias o el trauma de la violación.

Practicar el aborto siempre supone un riesgo para la vida o la salud de la madre, aunque sea realizado por un profesional sanitario. Por tanto, el Estado debe atender y proteger favorable e integralmente a las mujeres embarazadas producto de una violación.

El aborto no es la respuesta al problema de la violación. Atentar contra la vida de un inocente desprotegido es, además de violar un derecho fundamental, un acto cruel e inhumano.

El derecho a la vida está reconocido y garantizado en nuestra constitución, por lo que toda norma que sea contraria al orden constitucional no puede ser ejecutada y debe ser declarada inconstitucional.

La despenalización del aborto por violación constituye todas las formas de discriminación, esta despenalización no acaba con la violación de mujeres, pero crea un crimen contra el no nacido.

El derecho al aborto al que se refiere la Corte Constitucional en caso de violación no puede privar al niño por nacer del derecho a la vida. La Constitución garantiza el derecho a la inviolabilidad de la vida.

La vida comienza en el momento de la concepción, como lo han demostrado la mayoría de los estudios científicos, por lo que el Estado tiene el deber de proteger la vida y prevenir cualquier ataque en su contra.

No se puede decir que un embarazo no deseado para justificar quitar la vida al niño por nacer. Castigar a una persona inocente y desprotegida con la pena de muerte sea el castigo más severo. Una persona que nace con o sin consentimiento tiene los mismos derechos, el niño por nacer no puede ser discriminado porque fue creado y sacrificado por este motivo.

El Estado debe abordar el tema del acoso sexual a través de una serie de iniciativas, entre ellas incrementar las políticas públicas en este sentido, intensificar las penas por delitos sexuales, promover la adopción de niños no deseados y, de manera específica, proporcionar a las mujeres embarazadas todos los cuidados y la protección necesarios como consecuencia de una violación; acompañarla y apoyarla durante todo el embarazo, y si finalmente nace un hijo que la madre no quiere o no puede cuidar, siempre existe la posibilidad de darlo en adopción.

5.3. Análisis de la Corte Constitucional en torno al aborto

Con el objetivo de materializar el análisis de las demandas de inconstitucionalidad propuestas se procedió a segmentar el examen en dos elementos el primero dado por el principio de dignidad contemplado en el:

Art. 66 numeral 2 El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad social y otros servicios sociales necesarios (Asamblea Nacional Constituyente, 2008)

Destacado en la Constitución de forma tal que se observa como un principio orientador, con la finalidad de destacar si existe proporcionalidad en la pena impuesta en el Código Orgánico Integral Penal frente a la interrupción voluntaria del embarazo en aquellos casos en los que se verifique una violación.

El segundo aspecto abordado se deriva del principio de igualdad contemplado en el Art 66 numeral 4 “Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación” (Asamblea Nacional Constituyente, 2008), de forma tal que permita determinar si existe justificación en el tratamiento diferenciado aplicado a mujeres que presenten o no discapacidad mental en aquellos casos en los que se verifique la acción del aborto derivada de la violación (Melgar, Lerner, & Guillaume, 2016).

Con respecto al elemento derivado del principio de dignidad el fallo estableció que se verifica desproporción en la sanción, de ahí que se manifieste su carácter inconstitucional, dicha resolución se respalda en que la pena impuesta se enfoca en dar cumplimiento a un fin constitucional existente dado por la protección efectiva de la vida

desde el momento de la concepción, pero tomando en cuenta que dicha resolución no se revela como efectiva dado que en ningún caso evita el cometimiento de abortos (Cook, Erdman, & Dickens, 2016).

Tal situación se traduce en que independientemente de la existencia de sanciones penales ante el ilícito del aborto las mujeres que recurren a este acto producto de una violación sexual que en su gran mayoría se manifiestan como sujetos vulnerables dadas principalmente por niñas, adolescentes, migrantes, pobres recurren al aborto como única solución (Ibáñez, 2017).

Como resultado directo de la marginalidad económica y social que afecta a la mayoría de mujeres que se decantan por el aborto la práctica de esta acción médica generalmente se realiza en condiciones de inseguridad, de ahí que se verifiquen elevados índices de complicaciones que derivan en efectos colaterales que ponen en riesgo la vida de la mujer, además que en la mayoría de los casos se verifique un significativo daño psicológico y mental.

Tomando en cuenta dichas circunstancias la Corte Constitucional ha manifestado en la sentencia que la práctica del aborto se traduce en un sacrificio desmedido e injustificado de los derechos de las mujeres víctimas de violaciones sexuales sin que las mismas permitan materializar la protección efectiva del naciurus.

Por su parte el aspecto derivado del principio de igualdad se aborda por parte de la Corte Constitucional como no razonable ni justificado de forma tal que en la actual manejo legal en el que se diferencia a la mujer con discapacidad mental de aquella que es mentalmente estable no constituye un mecanismo adecuado para justificar la posibilidad de que una pueda abortar y otra no, siendo en ambos casos víctimas de violación sexual (González & Jaramillo, 2021).

De ahí que la justificación dada en la sentencia se respalda en las condiciones de vulnerabilidad frente al consentimiento de un acto forzado de naturaleza sexual, destacando que dichas circunstancias no son inherentes a mujeres con discapacidad mental, sino que pueden ser verificadas en todas las mujeres, de ahí que la diferenciación dada sin un sustento real vulnere el derecho a la igualdad y discriminación contenido en la Constitución de la República.

A partir de los elementos aportados la sentencia dada destaca el carácter inconstitucional del Art. 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, permitiendo la ampliación de la práctica del aborto a toda niña y mujer víctima de violaciones sexuales.

5.4. La problemática del período de embarazo para acceder al aborto seguro

Los asambleístas se enfrentaron a la determinación del período considerado como viable para el aborto de las mujeres víctimas de violación, de ahí que se analizaron diversas posturas tales como las de la Clínica Mayo (2018) quienes afirman que un feto es capaz de sobrevivir y desarrollarse fuera del vientre de la madre a partir de las 24 semanas de gestación tal como sucedió en el caso de Fregres en Alemania cuando producto de un accidente de tránsito Agne tuvo que ser intervenida a las 24 semanas de gestación logrando el feto sobrevivir y desarrollarse con complicaciones superadas hasta el término de las 39 semanas en las que se estableció su nacimiento de incubación.

De ahí que se estableció inicialmente el período de 18 y 16 semanas dado que de acuerdo con investigaciones realizadas por investigadores como Toledo (2021) no se ha desarrollado aun el sistema auditivo, por otra parte no se han osificado los huesos, lo cual genera menores riesgos para la vida de la madre.

Estableciendo que hasta las 12 semanas constituyen el período en el menos riesgoso para la vida de la mujer ya que el naciurus.es pequeño, no se encuentra completamente formado lo cual permite una mejor extracción del mismo incurriendo en menores riesgos para la vida de la mujer.

5.5. Dos argumentos sobre la constitucionalidad de la despenalización del aborto por violación

Una vez abordado el razonamiento judicial a partir del cual se da respuesta efectiva a los cuestionamientos de la resolución de despenalización del aborto por violación dado por dos votos salvados a la sentencia 34-19.IN/21 y acumulados es importante destacar que la decisión no contraviene el derecho a la protección de la vida desde la concepción debido a que en la legislación ecuatoriana no se contemplan derechos

absolutos, de forma tal que los mismos a partir de la norma constitucional poseen la misma jerarquía.

Razón por la cual en dicho escenario constitucional la Corte proyectó equilibrar el desequilibrio existente dado por la norma legal entre la protección a la vida desde la concepción y los derechos constitucionales de los derechos de las mujeres víctimas de violaciones sexuales los cuales no habían sido considerados en la normativa existente (Melgar, Lerner, & Guillaume, 2016).

Es importante destacar que la decisión adoptada no afecta las capacidades del legislador como resultado que la misma se tomó englobándose en el marco de competencias de la Corte Constitucional, el cual posibilita la identificación y erradicación parcial de normativas legales que contravengan los elementos constitucionales.

De igual forma el abordaje de los aspectos inherentes al procedimiento general del aborto por violación fueron dispuestos por parte de la Corte Constitucional a partir de la materialización de un proyecto de ley dado por el Defensor del Pueblo y la ciudadanía, lo cual posibilitó la aprobación democrática de dicha acción por parte de la Asamblea Nacional, de ahí que los cuestionamientos en contra del fallo emitido sean improcedentes al no existir elementos jurídicos que se amparen en la Constitución.

5.6. Acción afirmativa

Los derechos englobados en la Constitución del Ecuador prohíben de forma explícita toda acción de discriminación que se respalde en atributos dados por la identidad de género, sexo, orientación sexual y discapacidad, destacando que el “Estado adoptará medidas de acción afirmativas que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”

Por su parte la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) destaca la adopción de medidas por parte de los países de forma tal que se adopten las medidas pertinentes con carácter legislativo que garanticen el desarrollo pleno de la mujer (Leyra, 2021).

El Comité de la CEDAW se revela como el organismo internacional encargado de supervisar el cumplimiento por parte de los Estados de los acuerdos adoptados con la

finalidad de potencializar la transformación y erradicación de prácticas culturales, actitudes, comportamientos o estereotipos que discriminen a la mujer o la ubiquen en desventaja.

Dichas acciones serán contenidas una vez que se haya alcanzado la igualdad de oportunidades y desarrollo de la mujer en la sociedad sin que exista ninguna acción discriminatoria que atente contra el desarrollo pleno de la mujer (Ohana, 2021).

5.7. La norma impugnada prevista en el COIP, es la siguiente:

La norma impugnada prevista en el Código Orgánico Integral Penal es la siguiente:

Art. 150.- Aborto no punible. – El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal, cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos: 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental (Asamblea Nacional, 2016)

Los accionantes destacan que la frase “que padezca de discapacidad mental” es inconstitucional dado que los elementos de la Constitución señala el derecho a la vida digna e integridad personal, a partir de lo expuesto en el Art. 66 numerales 2 y 3, de igual forma se hace referencia a los numerales, 4,5,6 y 9 y 10 en el cual se hace referencia a los derechos de igualdad, libre desarrollo personal; opinión y expresión del pensamiento libremente, toma de decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre la sexualidad, vida y orientación sexual y de igual forma la toma de decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva, así como a la decisión de cuándo y cuantos hijos tener.

Por otra parte los accionantes destacan que el análisis de la normativa realizado vulnera las decisiones de los instrumentos internacionales enfocados en la precautelación de los derechos humanos inherentes a la constitucionalidad.

De la misma manera se hace referencia a la normativa impugnada e forma tal que la penalización de la interrupción del embarazo en casos graves que afectan el derecho a la vida digna destacando que a partir de la violación y el incesto se derivan secuelas

sociales dados por el rechazo, vergüenza y culpa que afectan la psiquis e interacción social de la víctima, situación que afecta la materialización del derecho a la integridad personal.

De igual forma se destaca que las normas impugnadas son violatorias del derecho al libre desarrollo personal e igualdad formal y material lo cual se manifiesta como discriminatorio hacia la mujer, de forma tal que la mujer debe proteger a otro que todavía no es persona en detrimento de sus derechos dado por la toma de decisiones libres, responsables y de decidir cuándo y cuantos hijos tener.

5.8. Principales argumentos para que la Corte Constitucional declare inconstitucional el numeral 2 del Art. 150 del COIP.

Entre los principales argumentos enfocados en el acto de la violación sexual se destacan las secuelas que se derivan del mismo para el desarrollo de la mujer debido a que el acto es violento, agresivo, cruel, inhumano y del mismo se derivan traumas físicos y psicológicos que en algunos casos podrían desembocar en el suicidio (García & Fierro, 2019).

Tales efectos destacados por la Corte Constitucional se agudizan cuando como resultado directo de la violación se produce el embarazo no deseado de forma tal que se plantea que forzar a la mujer violada a dar término al embarazo se revela como una acción de revictimización que agudizarán los trastornos emocionales de la víctima e inequívocamente afectarán las proyecciones de vida de la misma (Chávez, 2019).

De ahí que la Corte Constitucional señale que la maternidad de la víctima de violación afecta el derecho a la integridad física debido a la vulneración de la libre disposición y goce del cuerpo, autonomía y control, lo cual redundará en la violación al derecho a la integridad psíquica debido a los traumas y afectaciones en la salud mental, así como la vulneración de la integridad moral que se deriva del rechazo social y familiar y por otra parte atenta contra el derecho a la integridad sexual dado que al forzarse la maternidad se afecta la autonomía, sexualidad y control reproductivo.

En referencia a la proporcionalidad y penalización del delito de aborto consentido en aquellos casos en los que se verifique la violación la Corte Constitucional destaca que no es suficiente con indicar la protección del natus para limitar los derechos de las mujeres víctimas de violación dado que las mismas han sido sujetas a afectaciones en su

derecho a la integridad, de ahí que la Corte Constitucional destaque la necesidad de que existan razones de peso que justifiquen que el uso del poder punitivo del Estado no sea excesivo o arbitrario de forma tal que afecte los derechos constitucionales.

A la luz de todas estas consideraciones, la Corte Constitucional declara inconstitucional el artículo 150 del COIP y señala que la redacción dice: “Si el embarazo es producto de violación” y establece claramente que el delito dejará de existir. El aborto con consentimiento en casos de violación es un delito penal para todos los sujetos activos, es decir, una mujer que ha sido violada y para un médico u otro profesional de la salud que realiza el procedimiento. Esta disposición se enmarca en el artículo 149 del COIP en el sentido de que, según los argumentos de la Corte Constitucional, el aborto consentido ya no puede ser sancionado en casos de violación (Guirado, 2021).

Finalmente, la Corte Constitucional dispone que los jueces y tribunales tomen en cuenta las denuncias interpuestas por el delito de violación, reconocimiento médico, declaración jurada u otras formalidades sobre las que el legislador deba decidir, según corresponda. La condena sería ejecutoria por el delito de violación sexual, en relación con la despenalización se apoyaría la maternidad forzada de las víctimas, ya que el proceso penal se desarrolla en las diferentes etapas posteriores al embarazo.

6. CONCLUSIONES

La Constitución reconoce y garantiza el derecho a la integridad de la vida humana (artículo 66). Además, el artículo 45 de la Carta Magna, que trata de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, dispone que el Estado reconoce y garantiza la vida, incluyendo el cuidado y protección desde la generación.

El problema social que genera esta práctica está ligado a la noción de vida humana y al derecho a preservarla. Otro ámbito religioso y cultural refleja prejuicios y patrones contrarios a los derechos humanos de las mujeres. Estos criterios influyen en las decisiones de fiscales, policías y jueces solo después de tomar medidas estereotipadas y un tanto objetivas, llevándolos ante la justicia y condenando a las mujeres que deciden abortar sin la debida supervisión, lo cual no está a la altura de los estándares procesales.

Además, los derechos de las mujeres son constantemente vulnerados cuando son juzgadas por el sistema de salud, que actúa como medio de coerción y persecución y no garantiza la salud de la víctima. Todo esto alienta a las mujeres a involucrarse en procedimientos ilegales y peligrosos para eliminar embarazos no deseados. Como resultado, el marco legal sobre el aborto se ha extendido a las decisiones de las mujeres a través de la inclusión del derecho penal.

Es imperativo que los países reafirmen su compromiso de erradicar la discriminación contra las mujeres en su legislación y den un paso adelante hacia los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres respetando el derecho a decidir sobre su cuerpo de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos.

Por lo tanto, el sistema de justicia ecuatoriano debe garantizar que las mujeres tengan acceso a servicios integrales de salud reproductiva, incluido el aborto, de acuerdo con los modelos internacionales de derechos humanos que garantizan el derecho a la vida, la salud y la privacidad. En definitiva, no hay justicia para el Estado que incumple estas leyes, negando el acceso al aborto legal y seguro, a pesar de que es un derecho por ser víctima de violación.

La Constitución de la República del Ecuador como principio fundamental de los derechos a que se refiere el art. 11 seg. lo mismo se aplica, con excepción del art. 426 arriba. norma que la hace excesiva en relación con los estándares internacionales de derechos humanos y que es necesaria si se prefiere ir más allá de lo establecido en la Constitución.f

7. BIBLIOGRAFÍA

Anzorena, C. (2014). *El Aborto Como Derecho De Las Mujeres* . Buenos Aires: Ediciones Herramienta .

Asamblea Nacional. (2016). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Centro de Estudios jurídicos.

Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Corporación de Estudios Jurídicos.

- Chanda, L. (2020). *La Ley Natural sobre el Aborto: El caso de una víctima de violación: Ley natural sobre el aborto, primera edición* . Moscú: Scienia Scripts .
- Chávez, M. (2019). *Despenalización del Aborto en Mujeres Víctimas de Violación Sexual: en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, 2018* . Madrid: Editorial Académica Española .
- Clinica Mayo. (2018). *Gestación y sobrevivencia*. México D.f.: Trillas.
- Cook, R., Erdman, J., & Dickens, B. (2016). *El aborto en el derecho transnacional. Casos y controversias* . México D.F.: Fondo de Cultura Económica .
- Corte Constitucional del Ecuador. (28 de Abril de 2021). *Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS* . Recuperado el 23 de Febrero de 2022, de Sentencia No. 34-19-IN/21 Y ACUMULADOS : chrome-extension://efaidnbmninnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fesacc.corteconstitucional.gob.ec%2Fstorage%2Fapi%2Fv1%2F10_DWL_FL%2F%2F%2FhcnBldGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVviNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30%3D
- Erin, P. (2017). *Análisis Crítico del Discurso sobre la penalización del aborto y los derechos humanos de las mujeres* . Múnich: Grin Verlag .
- García, A., & Fierro, A. (2019). *Guía en materia de: Reparaciones por violaciones de derechos humanos relacionadas con la integridad física: Obligaciones internacionales y prácticas jurisdiccionales* . México D.F.: Indautor .
- González, A., & Jaramillo, I. (2021). *La batalla por el derecho al aborto: El caso de la Mesa por la Vida y la Salud de las Mujeres* . Bogotá: Siglo del Hombre Editores .
- Guirado, C. (2021). *Breves reflexiones sobre el derecho al aborto voluntario* . Madrid: Colex .
- Ibáñez, J. (2017). *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*. Madrid: Siglo XXI de España Editores, S.A.

- Leandry, I. (2021). *Más abortos, menos plagas: Antinatalismo y el derecho al aborto* . México D.F.: Independently published .
- Leyra, S. (2021). *Participación política y derecho a la objeción de conciencia al aborto* . Madrid: Aranzadi / Civitas .
- Melgar, L., Lerner, S., & Guillaume, A. (2016). *Realidades y falacias en torno al aborto. Salud y derechos humanos* . México D.F.: El Colegio de México .
- Ohana, K. (2021). *Salud reproductiva y derecho al aborto: Un análisis de la influencia de los actores sociales en la agenda gubernamental del aborto en Brasil y Uruguay* . Madrid: Ediciones Nuestro Conocimiento .
- Toledo, R. (2021). *Práctica ilícita de aborto y secuelas gestacionales*. Buenos Aires: Universidad de Rosario.
- Tribe, L., & Dubravka, S. (2013). *El aborto. Guerra de absolutos* . México D.F.: Fondo de Cultura Económica .
- Veil, S. (2019). *Uma lei para a história: A legalização do aborto na França* . Río de Janeiro: Edición Independiente .