

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La despenalización del aborto por violación sexual en la legislación ecuatoriana

Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Galo Orlando Mejía Matailo

Director:

Alberto de la Cruz Machuca Carpio

ORCID:  0009-0002-8808-049X

Cuenca, Ecuador

2023-07-31

Resumen

El presente trabajo de investigación, surge a partir de la promulgación de la Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados, por parte de la Corte Constitucional, donde se declara la inconstitucionalidad de la frase “en una mujer que padezca discapacidad mental”, reformándose el numeral segundo del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, este hecho, incide en una serie de cambios en la legislación ecuatoriana, principalmente en las áreas de constitucional y penal, en el plano constitucional, se da una controversia que gira entorno a establecer si debería primar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, sobre los derechos del nasciturus, mientras que en materia penal se examina las posibles tensiones que pudiesen ocurrir dentro y fuera del proceso penal, esto ocasionando debates de índole jurídico y extrajurídico, así como también una comparación sobre cómo es esta situación en otras legislaciones, abriendo paso a la academia para dar una respuesta frente a esta problemática jurídica, que a larga implicaría un reto para los profesionales del derecho.

Palabras clave: derecho constitucional, sanción penal, proporcionalidad, voto concurrente, voto salvado.



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

This research work arises from the promulgation of Judgment No. 34-19-IN/21 and Accumulated, by the Constitutional Court, where the unconstitutionality of the phrase "in a woman who suffers from mental disability" is declared unconstitutional. ", reforming the second numeral of article 150 of the Comprehensive Organic Criminal Code, this fact affects a series of changes in Ecuadorian legislation, mainly in the constitutional and criminal areas, at the constitutional level, there is a controversy that revolves around establish whether the sexual and reproductive rights of women should prevail over the rights of the unborn, while in criminal matters the possible tensions that could occur inside and outside the criminal process are examined, this causing debates of a legal and extra-legal nature, as well as well as a comparison of how this situation is in other legislations, opening the way for the academy to provide an answer to this legal problem, which in the long run would imply a challenge for legal professionals.

Keywords: constitutional right, penal sanction, proportionality, concurrent vote, saved vote.



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Resumen.....	2
Abstract.....	3
Introducción.....	6
1. Capítulo I. El Aborto en la Legislación Ecuatoriana.....	7
1.1. Conceptualizaciones doctrinarias y legales del aborto	7
1.2. El aborto en la actualidad	8
1.3. Elementos constitutivos del aborto.....	9
1.4. Clases de aborto.....	10
1.4.1. Aborto con muerte.....	10
1.4.2. Aborto no consentido	12
1.4.3. Aborto consentido	13
1.4.4. Aborto no punible	14
1.5. El derecho a la vida en la Constitución de la Republica del Ecuador del 2008.....	20
1.6. El aborto en el Código Orgánico Integral Penal	22
2. Capitulo II. La Despenalización del Aborto por Violación conforme la Sentencia No 34-19-In/21 Y Acumulados de la Corte Constitucional.....	23
2.1. Conceptualización doctrinaria y legal sobre la despenalización del aborto por violación.....	23
2.2. La interrupción voluntaria del embarazo por el hecho de que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de violación	24

2.3. Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral segundo del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal.....	26
2.4. La proporcionalidad de la sanción penal a mujeres víctimas de violación sexual que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental.....	28
2.5. Análisis del voto concurrente en la Sentencia No 34-19-IN/21 y Acumulados de la Corte Constitucional	31
2.6. Análisis de los votos salvados en la Sentencia No 34-19-IN/21 y Acumulados de la Corte Constitucional	34
2.6.1. Voto Salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce.....	34
2.6.2. Voto salvado de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez	36
3. Capítulo III. Derecho Comparado.....	37
3.1. El Aborto en Argentina.....	37
3.2. El Aborto en Uruguay.....	40
3.3. Semejanzas y diferencias del aborto con las legislaciones de Argentina y Uruguay.....	42
Conclusiones.....	43
Recomendaciones.....	44
Referencias	46

Introducción

En el Ecuador, los legisladores han considerado que el aborto sea sancionado penalmente, aun así, hay excepciones sobre esta conducta, contempladas en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, no obstante, el segundo supuesto de esta norma sufre una reforma, debido a que mediante la Sentencia 34-19-IN/21 y Acumulados, la Corte Constitucional decidió declarar la inconstitucionalidad de la frase “en una mujer que padezca discapacidad mental.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 50).

Es la exigencia de varios grupos sociales y la influencia de organismos internacionales como las Naciones Unidas, que han hecho que despenalizar la interrupción del embarazo en casos de violación sea motivo de aceptación en el Estado ecuatoriano. La raíz de esta controversia, es por la colisión entre los derechos sexuales y reproductivos de la mujer contra los derechos del que está por nacer, establecer qué derecho debería sobreponerse es uno de los dilemas a tratar, además de si la decisión de los magistrados repercute en el derecho constitucional del nasciturus o más bien es una limitante para no poder abortar.

Inicialmente, nos enfocamos en conceptualizar y establecer los elementos que integran el tipo penal del aborto, para posteriormente determinar los cambios que ha experimentado desde que entra en vigencia en el COIP, así mismo una breve comparación con el anterior Código Penal, en lo que respecta a las causas de no punibilidad de esta conducta, ulteriormente nos centraremos en la incidencia que se generó a partir de la promulgación de la Sentencia 34-19-IN/21 y acumulados orientado fundamentalmente en materia penal y constitucional, puesto que la decisión de los magistrados trajo una serie de altercados y opiniones jurídicas que han sido motivo de estudio e investigación, por último se hace una comparación socio jurídica con la legislación argentina y uruguaya en lo que respecta al aborto.

1. Capítulo I. El Aborto en la Legislación Ecuatoriana

1.1. Conceptualizaciones doctrinarias y legales del aborto

Como lo explica Francisco Pavón: “[...], uno de los primeros problemas con el que se tropieza el estudioso del Derecho Penal, consiste en determinar cuál es el contenido del concepto jurídico del aborto” (Pavón, 1976, pág. 326), situación que también expresa Ernesto Alban Gómez refiriéndose a la controversia que genera el querer dar una: “[...] exacta definición de lo que constituye el aborto como delito.” (Gómez, 2012, pág. 321). Antes del porqué del término conceptualización, haremos alusión a algunos conceptos:

Muñoz Conde, menciona lo siguiente: “Muerte del feto voluntariamente ocasionada bien en el seno de la embarazada, bien provocando su expulsión prematuramente en condiciones de no viabilidad extrauterina.” (Muñoz, 2017, pág. 75).

Friedman Daniel, señala que es: “La eliminación del producto de la concepción en cualquier estado embrionario, desde la fecundación hasta antes del parto. Muerte inferida al feto o sujeto en proceso de gestación.” (Friedman, 2005, pág. 18).

Betancur y Arroyave, exponen como algunos autores conciben esta conducta: para J. Feinberg es: “El acto de provocar la muerte del feto, sea maltratándolo directamente, sea, de manera más común, produciendo su expulsión del vientre materno antes de que sea viable.”, y M. Valdés, fundamenta que es: “El suceso consistente en la interrupción de un embarazo humano no llegado a término, con la consiguiente muerte del embrión o feto.” (Betancur & Arroyave, 2005, pág. 21).

Nos referimos al término conceptualización, porque la definición jurídica de la palabra aborto no está del todo clara y concertada con otras ciencias, como es el caso de las ciencias médicas, generando así varias perspectivas al momento de concebirlo, de ahí que Betancur y Arroyave comentan que: “La definición jurídica de aborto [...] desconoce en cierta forma los avances en materia de definición científica que se han hecho recientemente sobre el tema.” (Betancur & Arroyave, 2005, pág. 18). Al dejar de lado los avances científicos realizados por otras áreas distintas al derecho, no permite tener una adecuada noción jurídica sobre el tema, es por ello, que los juristas mencionados, enuncian que:

Las definiciones adoptadas en nuestro medio, advirtiendo que la principal imposibilidad para una definición exacta del concepto de aborto es que quizá la mayor herramienta de imparcialidad, la científica, tampoco ha llegado a tal estado de avance que sea posible dar conceptos absolutos sobre el punto principal de la discusión: la

existencia o no de vida propia y la definición del ser humano en la etapa de gestación. (Betancur & Arroyave, 2005, pág. 24).

En la legislación ecuatoriana, al no haber un concepto de aborto en la ley, recurrimos a otras fuentes para poder entenderlo, es así que la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, dentro del proceso N° 0718-2013 por delito de aborto, el Tribunal en su sentencia lo define como:

El aborto es una acción dirigida a interrumpir el embarazo, mediante la extracción del feto de la cavidad uterina y que es punible cuando ha sido inducido o provocado voluntariamente; no obstante, aquello, si fue en forma natural, no se configura en delito. (Corte Nacional de Justicia , 2014, pág. 14).

Por otra parte, el “aborto viene etimológicamente del latín abortus, participio del verbo aborior, que es una palabra compuesta por ab = de (indica separación) y orior = levantarse, salir, nacer.” (Neira, 2016, pág. 2), empero, para el derecho lo jurídicamente relevante es la interrupción del producto que esta por nacer, como lo percibe el Diccionario Jurídico Consultor Magno: “Interrupción del proceso normal de la concepción mediante la destrucción del feto en el útero o provocando su expulsión violenta y, conjuntamente, su muerte, lo que en algunos casos puede ser considerado como delito.” (Goldstein, 2013, pág. 13).

El Código Orgánico Integral Penal no da una definición de lo que se debe de entender por aborto. No obstante, en otras legislaciones, como en el caso de la legislación mexicana, en su Código Penal Federal conceptualiza esta infracción: “Artículo 329.- Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.” (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2009, pág. 84).

1.2. El aborto en la actualidad

El aborto sigue siendo considerado una de las problemáticas más controvertidas tanto en el ámbito jurídico y extrajurídico, situación que cambia con respecto a cada legislación, en el caso de Argentina y Uruguay el poder abortar sin sanción penal alguna ya es una realidad, en nuestro país todavía es considerado un delito, salvo las dos excepciones de no punibilidad del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, el Dr. Ernesto Alban Gómez entabla de mejor manera este escenario:

[...], uno de los delitos que más controversias provoca en el ámbito penal. Estas comienzan respecto a su mantenimiento o eliminación como conducta delictiva, a la determinación del bien jurídico tutelado, al establecimiento de situaciones amplias o

restrictivas de no punibilidad e, inclusive, a la exacta definición de lo que constituye el aborto como delito. (Gómez, 2012, pág. 321).

La implementación del Código Orgánico Integral Penal ocasionó la desaparición y el cambio de algunos delitos, a pesar de ello, el aborto sigue estando dentro del catálogo de delitos, aunque el debate sobre el permitir que la mujer interrumpa su embarazo sin restricción de causa continua hasta la fecha, en el Estado argentino ya es permitido abortar hasta la semana 14 de embarazo, y de la semana 15 en adelante solo si el embarazo fue producto de una violación o está en peligro la vida de la madre.

La doctrina señala que existen dos sistemas de regularización del aborto que adoptan los Estados de acuerdo a la normativa que se aplique al caso, los cuales son: el sistema de prohibición absoluta y prohibición relativa, a su vez el sistema de prohibición relativa se subdivide en el sistema de plazos y de indicaciones, siendo que: “El sistema de indicaciones, a diferencia del sistema de plazos, determina la posibilidad de una exoneración de la pena, solo en aquellos casos donde se advierte un real conflicto de bienes jurídicos.” (Escamilla, s/f, pág. 62). El Ecuador se encuentra dentro de un sistema de prohibición de indicaciones, con respecto, a esto:

Es el modelo por excelencia, casi todas las legislaciones del mundo lo han adoptado. Para este sistema el aborto está prohibido como principio general durante todo el período de la gestación, pero se admite ciertas y determinadas excepciones (indicaciones) que posibilitan la realización del aborto. (Buompadre, s/f, pág. 6).

1.3. Elementos constitutivos del aborto

Sobre los elementos esenciales en delito de aborto, Arango Virginia menciona:

La generalidad de la doctrina pone de manifiesto que son dos los elementos esenciales que caracterizan al delito de aborto: a) la existencia de un embarazo (existencia de un embrión o feto); por el otro, b) la interrupción ilegítima del proceso de la gestación (destrucción o muerte del embrión o feto). (Arango, 2018, pág. 3).

Respecto a la existencia del embarazo, Virginia Arango citando al doctrinario Rodríguez Devesa declara que: “La existencia de la preñez, es decir, de una mujer embarazada es el presupuesto indispensable para que podamos hablar del delito de aborto.” (Arango, 2018, pág. 3), por otra parte, lo que concierne a la interrupción ilegítima del proceso de gestación, Jorge Buompadre, dice: “El delito se perfecciona con la destrucción del producto de la concepción, con o sin expulsión del seno materno. La muerte del feto es el resultado exigido por el tipo penal.” (Buompadre, s/f, pág. 10).

En lo que compete al elemento objetivo del tipo, es fundamental referirse a lo que el doctrinario Julio Acosta argumenta:

La existencia de la situación del embarazo de la mujer, supone un requisito indispensable para que en lo posterior, se califique el delito de aborto, pues para que exista aborto, es necesario que al momento en que se apliquen los métodos abortivos en una mujer, esta se encuentre embarazada. (Cornejo, Torres, & etal, 2020).

En el elemento subjetivo puede estar presente el dolo o la culpa, cabe recalcar lo que Cerón María Belén alude: “El aborto culposo es un tipo penal que no se encuentra legislado en el Ecuador.” (Cerón, 2018, pág. 14), a partir de esta premisa, percibimos el aborto como eminentemente doloso, además Julio Acosta menciona que:

Estos elementos refieren al actuar del sujeto activo de la infracción penal, de donde se puede evidenciar la intención o finalidad de la conducta, adecuándose está a la descripción del tipo penal sancionado. Así pues, la mujer en estado de embarazo, el médico obstetra, la partera o cualquiera que participe en el delito de aborto, actúa dolosamente, pues su intención es dar muerte al feto. (Cornejo, Torres, & etal, 2020).

1.4. Clases de aborto

Las clases de aborto son: el aborto espontáneo e inducido, aunque Lovaton Nidya incorpora dentro de estas clases, el aborto legal e ilegal. La misma autora considera el aborto espontáneo como: “La pérdida de la gestación antes de las 26 semanas, cuando el feto no está aún en condiciones de sobrevivir con garantías fuera del útero materno.” (Lovaton, 2017, pág. 23). Mientras que la (OMS) Organización Mundial de la Salud expone que el aborto inducido es: “El resultante de maniobras practicadas deliberadamente con ánimo de interrumpir el embarazo. Las maniobras pueden ser realizadas por la propia embarazada o por otra persona por encargo de esta.” (OMS, 2009).

El aborto dentro del Código Orgánico Integral Penal, lo encontramos en el Capítulo II de los delitos contra los derechos de la libertad, en la sección 1ª. Delitos contra la inviolabilidad de la vida, así como también las modalidades de aborto en la legislación ecuatoriana, a pesar que el aborto es considerado un delito, hay dos circunstancias plasmadas en el artículo 150 del COIP donde el aborto no es punible, en este contexto las modalidades de aborto son las siguientes:

1.4.1. Aborto con muerte

En el artículo 147 del Código Orgánico Integral Penal se encuentra tipificado el delito de aborto con muerte:

Artículo 147.- Aborto con muerte. - Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer causen la muerte de esta, la persona que los haya aplicado o indicado con dicho fin, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años, si la mujer ha consentido en el aborto; y, con pena privativa de libertad de trece a dieciséis años, si ella no lo ha consentido. (Codigo Organico Integral Penal, 2022, pág. 47)

Cuando se refiere a la utilización de los medios empleados para la realización de la práctica abortiva, puede darse a través del uso de fármacos o mediante una intervención quirúrgica, sin embargo, en gran medida, el fallecimiento de mujeres embarazadas se da porque recurren a la clandestinidad para practicarse un aborto, en consecuencia, ponen en riesgo su vida y como resultado la muerte, esto lo corrobora una noticia del periódico Plan V, donde señala que: “En el Ministerio de Salud Pública, el 15,6% de las muertes maternas en Ecuador se deben a abortos realizados en condiciones de clandestinidad.” (Plan V, s/f, pág. 2), en la misma nota periodística hay un estudio realizado por la Facultad Latinoamérica de Ciencias Sociales (FLACSO), donde afirma que:

El aborto es una de las principales causas de mortalidad materna en este país. Solo en 2018 se registraron 17 muertes de mujeres por abortos inseguros. En Ecuador se estima que aproximadamente 243 mujeres fueron judicializadas por abortar entre 2013 y 2017. (Plan V, s/f, pág. 2).

José Hurtado Pozo menciona un hecho significativo respecto al aborto con muerte:

Su acción está dirigida a destruir el feto (aborto doloso), pero causa la muerte de la madre (homicidio culposo). Si esta muerte era imprevisible, debido al estado personal de la víctima, el agente sólo será reprimido por aborto. [...]. Por el contrario, si causa, dolosamente, la muerte de la mujer embarazada (constándole este hecho), será reprimido por homicidio y aborto. [...]. (Pozo, s/f, pág. 58).

En el tomo II del libro el Código Orgánico Integral Penal Comentado, para Proaño Gladis el aborto con muerte es:

En este tipo penal de aborto con resultado de muerte lo que se protege es la vida de la mujer, ya que la norma no hace referencia a que efectivamente se materialice la consecuencia del aborto, sino que se trata de la situación en la cual los medios empleados con el fin de hacer abortar traen como resultado la muerte de la mujer. (Cornejo, Torres, & etal, 2020, pág. 433).

1.4.2. Aborto no consentido

Con respecto al aborto no consentido, el texto normativo recientemente sufre una reforma, publicada en el Registro Oficial 107S, antes de la reforma, el artículo 148 del Código Orgánico Integral Penal manifestaba que:

Art. 148.- Aborto no consentido. – La persona que haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa. (Asamblea Nacional, 2018, pág. 47)

Tras la publicación en el Registro oficial 107-S del 24 de diciembre de 2019, el artículo queda de la siguiente manera:

Art. 148.- Aborto no consentido. - (Reformado por el Art. 31 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019). - La persona que obligue, fuerce o haga abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si los medios empleados no han tenido efecto, se sancionará como tentativa. (Codigo Organico Integral Penal, 2022, pág. 47)

La diferencia entre la anterior y actual norma, es haber agregado otros dos verbos rectores al tipo penal, que son: obligar y forzar, cabe hacer una aclaratoria respecto a esta reforma, debido a que, si bien ambas palabras gramaticalmente son tratadas como sinónimos, la connotación que tiene dentro de un proceso judicial es distinta.

La Real Academia de la Lengua RAE, define a la palabra obligar como: “obligar(se). 1. Cuando significa ‘forzar [a alguien] a que haga algo’, como otros verbos de influencia (→ leísmo, 4b), se construye con un complemento directo de persona y otro complemento introducido por a, que expresa la obligación. [...]” (RAE, párr. 1), mientras que la palabra forzar significa:

forzar(se). 1. ‘Hacer fuerza [sobre algo o alguien]’ y ‘obligar(se)’. Verbo irregular: se conjuga como contar (→ apéndice 1, n.º 26), esto es, diptongan las formas cuya raíz es tónica (fuerzo, fuerzas, etc.), pero no aquellas cuya raíz es átona (forzamos, forzáis, etc.). (RAE, párr. 1).

La diferente connotación de estos verbos rectores, radica que en el forzar, se emplea cierta coacción para realizar en la mujer embarazada la maniobra abortiva, mientras que el obligar a la mujer embarazada a que se realice un aborto, no necesariamente se da con el empleo

de algún tipo de coacción, ya que de emplearse fuerza física caería en el supuesto del verbo rector forzar.

Es importante hacer una aclaración respecto al consentimiento de la mujer embarazada, en el supuesto caso que se arrepienta de dar por terminado el proceso de gestación antes de empezar a ejecutar las maniobras necesarias para que se dé inicio al aborto, la tratadista Rivera Norma lo exterioriza de mejor manera:

Desde el momento que empieza a iniciar las maniobras abortivas, y el médico, comadrona, o cualquier extraño no cesa con su intervención, en este caso será considerado en contra de la voluntad de la madre, siempre y cuando la retracción de la mujer sea antes o en el momento en que se iniciará a practicar el aborto. (Rivera, 2020, pág. 12).

1.4.3. Aborto consentido

Este tipo penal se encuentra tipificado en el artículo 149 del Código Orgánico Integral Penal:

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. (Codigo Organico Integral Penal, 2022, pág. 47).

Para que se configure el tipo penal, por el cometimiento del ilícito por parte de la mujer embarazada, es necesario que haya consentimiento de la misma, sobre esto, Ledesma Guillermo y Balestra Carlos refieren que: “el consentimiento de la madre puede manifestarse de cualquier modo y puede ser expreso o tácito. La mujer ha de ser persona capaz para prestar consentimiento” (Balestra & Ledesma, 1999, pág. 83), en lo que respecta a la capacidad, los juristas citados también afirman que: “Es opinión dominante que la capacidad exigible no es la civil; la ley requiere capacidad penal [...]” (Balestra & Ledesma, 1999, pág. 83). Debido a que en la normativa no existe como tal un concepto que defina que se entiende por capacidad penal, es necesario asistirse de la doctrina. Cáceres Sergio entiende que capacidad penal es:

La Capacidad Penal del individuo llevado a juicio, es decir si al momento del suceso reprochado, el mismo contaba con capacidad conativa suficiente como para comprender la antijuricidad del hecho que llevaba a cabo y si podía dirigir sus acciones voluntariamente de acuerdo a ese discernimiento. (Caceres, 2021, pág. 2).

Urdaneta Elsy explica que: “El aspecto conativo está relacionado con las conductas de toma, mantenimiento y ejecución de decisiones y cursos de acción para el logro de metas.” (Urdaneta, 2014, pág. 4).

En el supuesto caso que la mujer embarazada de su consentimiento, pero crea prestarlo para algo distinto a la terminación del proceso gestacional, si este es el caso, Ledesma Guillermo expone que:

De acuerdo con los principios generales de la culpabilidad, el error esencial de la mujer sobre la naturaleza del acto que realiza, le beneficia. Quien cree prestar el consentimiento para un acto distinto, no consiente en el aborto y queda por tanto fuera de la previsión legal. (Balestra & Ledesma, 1999, pág. 83).

En definitiva, la mujer embarazada tiene que estar en su sano juicio, es decir, estar consciente del acto y de los resultados que puede ocasionar la interrupción del embarazo. Respecto al tipo penal el tratadista Acosta Julio comenta que:

Este aborto consentido como tipo penal parte de la premisa o requisito *sine qua non* de que la mujer tiene conocimiento de su situación de embarazo. Sobre todo, es importante que la mujer tenga capacidad de discernimiento que le permita dar su consentimiento de manera voluntaria, ya que el caso en el cual la mujer padeciera de alguna discapacidad mental o se encuentre constreñida bajo amenaza o violencia, no se considerara como tal el agravante contemplado en este artículo, sino en el supuesto del Art 149 del COIP. (Cornejo, Torres, & etal, 2020, pág. 439).

1.4.4. Aborto no punible

El legislador ha considerado que el aborto no sea punible en dos casos específicos, que están en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, su numeral segundo sufre una modificación en su texto normativo, a causa de que el 29 de abril de 2021 se expide la Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados, declarando la inconstitucionalidad en la frase “en una mujer que padezca discapacidad mental.” (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2021, pág. 50), desde la promulgación de la sentencia, la norma queda de la siguiente manera:

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:

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.

Nota: Mediante Sentencia 34-19-IN/21 (R.O. E.C. 194, 29-VI-2021), la Corte Constitucional dispuso declarar la inconstitucionalidad por el fondo en la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental. (Codigo Organico Integral Penal, 2022, pág. 47).

Antes de la reforma, la norma penal atravesó los procesos legislativos que la hacen que sea considerada como constitucionalmente valida, pero esto no quiere decir que los legisladores no hayan incurrido en algún error, Eberhard Schmidhäuser, asevera que: “[...] para el legislador, la pena sirve ante todo a la defensa de la colectividad, aunque también debe tener en cuenta la justicia en la fijación de las penas [...]” (Schmidhäuser, s.f, pág. 40), entonces la eliminación de la pena a las mujeres lucidas que se embarazan a causa de una violación es acertada, ya que lo que se pretende, es imponer lo que explica Santiago Mir: “[...] la pena justa, pues sólo ella se dice ejerce en la colectividad el positivo efecto inhibitor que de ella se espera, a diferencia de la pena injusta, que puede dar como resultado la sublevación de las conciencias.” (Mir, 2003, pág. 85).

Aunque el Código Orgánico Integral Penal no les da una denominación a los numerales del artículo 150 del COIP, doctrinariamente se les conoce como aborto terapéutico (AT) y aborto por violación, los mencionados tipos de aborto han sido objeto de controversias jurídicas y extrajurídicas, debido al trato que le han dado las legislaciones dentro su ordenamiento jurídico.

Para comprender la concepción jurídica que se tiene acerca del aborto terapéutico, es necesario entender la definición del mismo, el Diccionario Jurídico Consultor Magno, lo concibe como:

Maniobras de interrupción del embarazo que, realizadas por un médico, con el consentimiento de la mujer encinta, se hace con el fin de evitar un peligro para la vida o salud de la madre, siempre que este peligro no pueda ser evitado por otros medios; bajo estas condiciones no tiene sanción penal. (Goldstein, 2013, pág. 13).

Para que se configure el AT, tienen que cumplirse ciertos requisitos: que sea realizado por un profesional de la salud debidamente autorizado, el consentimiento de la mujer embarazada, y cuando no pudiera darlo, será su cónyuge, pareja, familiares íntimos o representante legal quien lo haga, referente a esto, el Dr. Ernesto Alban Gómez menciona:

“[...] no se aclara respecto al orden en que se preferirá este consentimiento ni al caso de ausencia de familiares.”. (Gómez, 2012, pág. 328), por último, tiene que estar en peligro la vida o la salud de la mujer embarazada, y no exista otros medios para evitarlo, el mismo autor alude:

Que el aborto se practique para evitar un peligro para la salud o vida de la mujer. Aquí reside la razón de ser el caso; [...] sin embargo, se tiene una amplitud excesiva al hablar de un peligro para la salud, sin siquiera calificarlo de grave e irreversible. Tampoco exige nada en cuanto a garantizar la seriedad y fundamentación científica del diagnóstico médico. (Gómez, 2012, pág. 328).

Lo manifestado en el apartado anterior, en relación a la calificación de grave e irreversible y a la fundamentación del diagnóstico médico, tiene una razón que se proyecta a establecer una graduación de cuán peligrosa es la situación que está atravesando la mujer embarazada, y a través del diagnóstico determinar la viabilidad para extraer o no al feto.

La regulación que tiene el aborto terapéutico no se encuentra más allá de un acuerdo ministerial, en el cual se instituye: la realización de manuales, de protocolos clínicos y guías de manejo clínico, donde se esclarece los procedimientos médicos a seguir, por otra parte, la Ley Orgánica de la Salud refiere que:

Art. 29.- (Reformado por la Disp. Reformatoria Quinta de la Ley s/n, R.O. 53-2S, 29 IV-2022).- Esta Ley, faculta a los servicios de salud públicos y privados, a interrumpir un embarazo, única y exclusivamente en los casos previstos en el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal. Estos no podrán negarse a atender a mujeres con aborto en curso o inevitables, debidamente diagnosticados por el profesional responsable de la atención. (Ley Organica de la Salud, 2015, pág. 8).

Hay una notable variación en los procedimientos y protocolos médicos que se siguen, ya que el Código de Ética Médico que data del año 1992, aduce que:

Art. 103.- Al médico le está terminantemente prohibido provocar el aborto al menos que haya necesidad absoluta de hacerlo para salvar la vida de la madre; en caso de enfermedades con alto riesgo hereditario, o cuando la madre haya sido expuesta, dentro del primer trimestre del embarazo, a factores teratogénicos científicamente comprobados; debiendo cumplirse los siguientes requisitos:

a) Con el consentimiento de la paciente, de su cónyuge o de su representante; y,

b) La necesidad de la interrupción del embarazo será certificada por una Junta Médica, uno de cuyos participantes, por lo menos, debe ser especializado en la afección motivo de la indicación. (Acuerdo Ministerial, 1992, pág. 12)

La eliminación de los requisitos del derogado Código de Ética Médico es acertada, debido a las condiciones riesgosas que puede tener la mujer en un embarazo, no obstante, la forma de proceder discrepa mucho de cómo se plantean los protocolos y guías en la actualidad, así como lo establece La Guía de Práctica Clínica (GPC):

Evitar la demora en el diagnóstico y tratamiento del AT (Aborto Terapéutico), así como brindar herramientas para su manejo, tendrá un impacto significativo sobre las secuelas y la posibilidad del cuidado de salud y supervivencia de la mujer. Esta GPC es parte de las estrategias del Plan Nacional de Reducción Acelerada de la Muerte Materna y Neonatal. (Ministerio de Salud Pública, 2015, pág. 13).

La no punibilidad del aborto dentro de la legislación penal no ha estado sujeto a un cambio abrupto, con respecto a nuestro derogado Código Penal, en la anterior ley penal por aborto terapéutico se entendía que: “2o.- Si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o salud de la madre, y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.” (Código Penal, 2012, pág. 111).

Principalmente a la conmoción de varios grupos sociales, que interpusieron una acción de inconstitucionalidad frente a la Corte Constitucional, llegando a un total de siete acciones interpuestas, asignándoles a los casos los siguientes números: Caso N° 34 – 19 - IN, N° 105 – 20 – IN, N° 109 – 20 – IN, N° 115 – 20 – IN, N° 23 – 21 – IN, N° 25 – 21 – IN y N° 27 – 21 – IN, por lo que se dispuso la acumulación al caso N° 34 – 19 – IN.

La pretensión de los casos fue declarar la inconstitucionalidad del numeral segundo del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, además que en el caso N° 34-19-IN también solicitaban 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”” (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2021, pág. 88).

Para comprender el aborto por violación, es necesario entablar una comparación respecto al trato normativo que ha venido teniendo en la legislación ecuatoriana, porque la composición del artículo en el anterior Código Penal, discrepa respecto de la redacción en la vigente ley penal, el art 447 del Código Penal expone que: “2o.- Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá

el consentimiento del representante legal de la mujer.” (Código Penal, 2012, pág. 111). El Dr. Ernesto Alban Gómez dilucida este contenido al decir que:

Aunque el Código habla de estos dos delitos, en realidad solo sería posible el primero y no el segundo, porque para este hace falta un consentimiento que una mujer idiota o demente no podría dar, como este mismo artículo reconoce. (Gómez, 2012, pág. 329).

El argumento que exhibe el Dr. Albán Gómez a mi juicio es acertado, a causa de la distinta forma de entender al estupro en la derogada normativa penal, se concebía este tipo penal como: “Art. 509.- Llámase estupro la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.” (Código Penal, 2012, pág. 129). Si para este delito, se requería alcanzar el consentimiento, este no podría ser dado por una mujer idiota o demente, por lo tanto, no podría recaer dentro del supuesto del numeral segundo del Art 447 del Código Penal.

La ausencia de consentimiento es crucial dentro de los delitos sexuales, aunque es cuestionable a saber, si en la relación sexual que se mantuvo hubo o no un consentimiento por parte del menor de 18 años y mayor de 14 años, es decir, determinar si la conducta es sancionable penalmente, esto se da a raíz de la Sentencia de la Corte Constitucional 13-18-CN/21, R.O. E.C. 268, 28-I-2022 que reforma el numeral 5 del artículo 175 del COIP. Art. 175.- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva:

5. (Reformado por la Sentencia 13-18-CN/21, R.O. E.C. 268, 28-I-2022). - En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual. (Codigo Organico Integral Penal, 2022, pág. 108).

La forma en la que estaba anteriormente redactado el estupro no permitía ser una causa para la no punibilidad del aborto, actualmente la descripción del tipo penal es distinta: “Art. 167.- estupro. - la persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.” (Codigo Organico Integral Penal, 2022, pág. 104).

Si en la violación, como en el estupro, no hay consentimiento, y producto de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer se da la concepción del nasciturus, es causa justa y suficiente para que se dé por terminado el proceso de gestación, este argumento sería aplicable a lo que se argumenta de la maternidad forzada, sobre esto último la Corte Constitucional en la Sentencia No. 34-19-IN/21 y Acumulados dice:

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 Ecuatoriana, 2021, pág. 33).

Aunque la descripción de los tipos penales violación, estupro e inseminación no consentida es distinta, el resultado puede desencadenar en un embarazo, por lo que en ese sentido es similar, entonces una mujer que cría un hijo o hija que fue producto de la consumación de cualquiera de estos delitos, se le estaría obligando a que desempeñe el rol de una maternidad forzada.

Con respecto a la inseminación no consentida, la Sentencia N° 34-19-IN/21 y Acumulados no hace alusión a la misma, ya que al interponer las acciones de inconstitucionalidad aluden a la inseminación forzada, cabe aclarar que la inseminación forzada no existe como tipo penal en el COIP.

Considero que en esta circunstancia la Corte Constitucional hace un análisis apropiado, argumentando que la inseminación forzada no existe dentro del Código Orgánico Integral Penal como una figura delictiva, debieron referirse a la inseminación no consentida, donde la ausencia del consentimiento es clarísima, a diferencia del estupro, donde queda a discrepancia si el adolescente dio o no su consentimiento para entablar una relación sexual, el COIP alude lo siguiente sobre la inseminación no consentida:

Art. 164.- Inseminación no consentida.- La persona que insemine artificialmente o transfiera óvulo fecundado a una mujer sin su consentimiento, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, quien la ocasione será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. (Codigo Organico Integral Penal, 2022).

Cabe clarificar, que los magistrados se refieren equivocadamente a la inseminación forzada, mencionando: "Por su parte, respecto de la penalización de la interrupción voluntaria del

embarazo en casos de inseminación forzada, [...]” (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2021, pág. 45), en esta oración, se reconoce a la inseminación forzada como un tipo delictivo, para posteriormente dentro del mismo párrafo contradecirse, aludiendo que: “No obstante, dado que la inseminación forzada no se encuentra específicamente tipificada en el COIP [...]” (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2021, pág. 45), por lo tanto, se puede visualizar un error al momento de hacer alusión a esta conducta, en consecuencia, los jueces pierden credibilidad al momento de redactar y argumentar sus sentencias, al respecto manifiestan que:

[...] 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.” (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2021, pág. 45).

1.5. El derecho a la vida en la Constitución de la Republica del Ecuador del 2008

La Constitución no establece nada respecto al aborto, pero si consta el bien jurídico que se protege, que es la vida del que está por nacer, como lo determina el inciso primero del artículo 45 del cuerpo normativo mencionado: “[...]. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.” (Asamblea Nacional, Constitución de la Republica del Ecuador, 2008, pág. 21).

Partimos este análisis desde el derecho a la vida, considerando que nuestra Constitución es eminentemente garantista, de ahí él porque es tan específica la norma al reconocer, garantizar, dar cuidado y protección al nasciturus, situación que se vuelve compleja al quererle dar una interpretación, además de referirse al derecho a la vida en otros términos, se tendría un campo más amplio al momento de percibir al mismo, así como lo explica Jara Santiago haciendo también alusión en su texto a la Constitución Colombiana y Española, señalando que:

De esta forma nuestra Constitución determina la protección de la vida desde la concepción; y, más aún, la norma tiene un carácter cerrado, no abierto, a diferencia de otras Constituciones en las cuales, simplemente se dice que el derecho a la vida es inviolable, con lo cual, el ámbito de desarrollo doctrinal o jurisdiccional queda

reducido; de tal forma, ni la Asamblea Nacional, ni la Corte Constitucional, tienen mayor posibilidad de establecer subreglas o criterios. (Jara, 2013, pág. 40).

La percepción jurídica del derecho a la vida en la Constitución Ecuatoriana se ha convertido en una limitante con respecto a otros derechos, debido a que en la Sentencia No 34-19-IN/21 y Acumulados se da una ponderación entre el derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer. Aunque resulta complejo establecer que los derechos mantienen una misma jerarquía, sabiendo que parte de la doctrina considera a la vida, como aquel requisito indispensable para poder ejercer los demás derechos, así como lo manifiesta Galeano Grisel Marit:

Resulta unánime el criterio de considerar la vida humana no sólo como un valor fundamental, sino como requisito sine qua non para la existencia del resto de los derechos, debiendo ser respetado por todas las personas y la sociedad, por considerarse el primero de los derechos al cual el ordenamiento jurídico debe prestar especial protección y defensa. (Marit, 2016, pág. 7).

La Corte Constitucional Ecuatoriana no hace un extenso y detallado ejercicio de ponderación, en el sentido de si se ve o no afectado el derecho a la vida al permitir abortar a las mujeres cuando su embarazo fue producto de una violación, sin embargo, lo inusual de los juzgadores es el querer establecer un equilibrio jurídico entre los derechos intervenidos, al decir que:

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 Constitución de la República del Ecuador, 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. (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2021, pág. 27).

Los jueces no argumentan nada sobre el equilibrio que deberían mantener los derechos en colisión, por otra parte, parecería ser que el establecer este equilibrio resulta complejo, Hernando Gutiérrez citando la teoría que propone Ugo Pagano menciona: “Que el equilibrio jurídico más que un estado definitivo, es un proceso continuo. En este sentido, el equilibrio jurídico tiene carácter dinámico” (Gutiérrez, 2008, pág. 9). Al estar en constante cambio, no hay manera precisa de establecer un justo equilibrio jurídico, en eso Gutiérrez se pronuncia de la siguiente manera:

[...], más que establecer balances entre derechos y deberes correlativos, los problemas más significativos para los juristas surgen cuando hay que establecer balance entre derechos, y principalmente cuando estos derechos poseen el mismo rango (especialmente cuando se trata de derechos constitucionales fundamentales) y entonces el recurso a la solución por jerarquía de derechos no resulta fácilmente aplicable o es inconsistente. En consecuencia, el modelo de equilibrio exige ser complementado para dar respuesta a esta clase de problemas. (Gutierrez, 2008, pág. 7).

Aunque la primacía de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer sobre el derecho a la vida están aparentemente justificado en la sentencia analizada, en el hipotético caso que se legalice por completo el aborto, sin restricción de causa, eso implicaría una extensa reforma constitucional, esto en el derecho sería muy discutido, y más bien el derecho a la vida perdería su valor, cambiando completamente la percepción de cómo se lo concebía.

1.6. El aborto en el Código Orgánico Integral Penal

La coyuntura social, los cambios legislativos y políticos, han hecho que se dé modificaciones respecto al trato normativo que han tenido algunos tipos penales, como consecuencia de aquello se han reformado o desaparecido de los cuerpos normativos, es así que el aborto en el Código Orgánico Integral Penal ha sido objeto de controversias jurídicas y extrajurídicas, lo que ha ocasionado que a lo largo de la historia los Códigos Penales hayan tenido una percepción distinta, con respecto a la descripción del tipo y del cómo se configura en la actualidad.

Es así que el debate sobre el aborto no ha cesado, y al parecer se sigue dando cambios respecto de los tipos penales que tiene el aborto como figura delictiva, esto lo podemos ver en el caso de la reforma del artículo 148 del COIP sobre el aborto no consentido, publicada en el R.O. 107-S, 24-XII-2019, esto se da, porque los legisladores consideraron que la descripción típica es muy ambigua, lo que dificulta encuadrar la conducta en el tipo, con esto, se busca que la figura delictuosa tenga los suficientes elementos estructurales que permita describir perfectamente el comportamiento delictivo, en relación a esto, Jácome Marcela comenta que:

La evolución de los tipos penales debe ser constante, pues si aquello no sucede, se corre el enorme riesgo de caer en conceptos retrógrados, que perjudican la forma de administrar justicia, sobre todo, al momento de revisar tipicidad en el esquema dogmático del delito. (Jácome, 2020, pág. 88).

Otro cambio se da con respecto al aborto no punible, tras la exigencia de varios grupos sociales al interponer una acción de inconstitucionalidad, se consigue mediante Sentencia 34-19-IN/21 y Acumulados publicada en el (R.O. E.C. 194, 29-VI-2021) declarar la inconstitucionalidad por el fondo en la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental”. La eliminación de la sanción penal, cuando la mujer lucida aborta, porque su embarazo fue producto de una violación, deja de coartar la libertad jurídica que tienen para exigir la terminación del proceso de gestación, en este sentido se determinó que no es necesario la imposición de una pena, al no haber proporcionalidad con la gravedad y la naturaleza de la infracción, Iván Meini refiere que: “ En la legitimación de la pena debe discutirse únicamente si, cómo y en qué medida la pena puede repercutir favorablemente en el aseguramiento de la libertad jurídica y en el funcionamiento del propio sistema jurídico.” (Meini, 2013, pág. 2).

El conflicto entre los derechos del nasciturus y los derechos que tiene la mujer sobre su cuerpo, han hecho que la polémica surja cuando la mujer es quien desea interrumpir su embarazo, la diversidad de posturas de si está conducta debe tener sanción penal o excluirse del catálogo de delitos es un debate que no cesa, y que todavía se busca la solución que ponga fin a la controversia.

2. Capítulo II. La Despenalización del Aborto por Violación conforme la Sentencia No 34-19-In/21 Y Acumulados de la Corte Constitucional

2.1. Conceptualización doctrinaria y legal sobre la despenalización del aborto por violación

No hay reseña alguna de la etimología del término despenalizar, por otra parte, en la normativa legal ecuatoriana tampoco hay una definición, al igual que en otras legislaciones como: la colombiana, argentina, peruana, etc. Sin embargo, en el caso de la legislación española, en su Código Penal se hace uso de este vocablo para aludir a una ley especial: “[...], se ha optado por remitir a las correspondientes leyes especiales la regulación penal de las respectivas materias. La misma técnica se ha utilizado para las normas reguladoras de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo.” (Código Penal Español y Legislación Complementaria, 2022, pág. 3). No obstante, en el ámbito doctrinario haremos mención a algunos conceptos:

De acuerdo con Neuman, significa: “Dejar de lado la punición con respecto a esas conductas. Implica que una ley que no prohíbe reforma a otra que prohíbe.” (Neuman, 1997, pág. 136).

Rodríguez entiende que: “Despenalizar es un término con el que se hace referencia a quitar o remover la sanción prevista en la ley penal sustantiva, a una conducta que estaba previamente prohibida.” (Rodríguez, 2014, pág. 5).

Vadillo Enrique difiere con los otros autores en la forma de conceptualizarlo, definiéndolo de la siguiente manera:

Consiste en una reducción cualitativa y cuantitativa de la pena. Por ejemplo, sustituir una pena de privación de libertad por otra de privación de derechos, o una pena de prisión por otra de arresto. En estos casos estamos en presencia de una desescalada en el sistema punitivo. En cierta manera, y con ciertas reservas, podría decirse que también se despenaliza cuando se establece un sistema de penas alternativas. Por ejemplo, una pena de arresto es sustituida por otra de arresto o multa. El sistema inverso sería el que condujera a un reforzamiento de sanciones penales. (Vadillo, 1999, pág. 100).

La despenalización de una conducta implica un cambio dentro de la ley penal, como bien lo explica Rodríguez: “la despenalización se refiere a la eliminación, reducción y no ejecución de sanciones.” (Rodríguez, 2014, pág. 5).

2.2. La interrupción voluntaria del embarazo por el hecho de que no exista una sentencia condenatoria ejecutoriada por el delito de violación

El acápite concerniente a los efectos de la Sentencia 34-19-IN/21 y Acumulados provocó discrepancias sobre la frase: “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.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 48). En este sentido, mediante la metodología jurídica, se instituye la siguiente pregunta: ¿Se está vulnerando la presunción de inocencia del presunto violador?, esta interrogante lo reafirma el abogado Benítez al solicitar a la Corte Constitucional la aclaración y ampliación de su decisión, donde menciona que:

¿Dónde y cómo queda la Constitucional Presunción de Inocencia del aparente Violador, sin existir una Sentencia Condenatoria Ejecutoriada de última instancia pasada en autoridad de Cosa Juzgada; si ahora sólo bastaría la simple declaración juramentada, el examen médico y la denuncia penal de la supuesta mujer violada? (Benítez, 2021, pág. 6).

Los magistrados no han dado una respuesta acerca de este recurso, en cambio, si justifican la razón de lo no necesidad de una sentencia ejecutoriada, argumentando que: “[...] 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.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 48), el escenario a tratar, podría ser visto como una excepción, aunque parecería ser que esta disposición recae en una presunción de culpabilidad hacia el posible infractor, debido a que se da el aborto antes que haya una decisión en firme, no obstante, la medida no limita el actuar de Fiscalía, ni pone alguna restricción a la defensa de las partes, se tendrá que realizar las diligencias necesarias y recabar los elementos de convicción que más adelante en la etapa de juicio se convertirán en prueba, donde se establecerá si fue o no autor de la infracción penal.

La jueza constitucional Carmen Corral Ponce en su voto salvado, enuncia que no debería de caber la posibilidad de un aborto por violación al no estar demostrado el hecho que lo motiva, infiriendo que:

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. (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 79).

Se presenta una complejidad dentro del proceso penal cuando no se sabemos el paradero del presunto violador, en el caso de no poder juzgarlo, y si en ningún momento hay una sentencia, la legitimidad de la práctica abortiva queda en duda, además en el hipotético caso que se declare al procesado responsable en primera instancia, este tiene recursos como: apelación, casación y recurso de revisión, para que ratifiquen su inocencia.

Lo aludido en párrafos anteriores genera cierta subjetividad sobre la vulneración a la presunción de inocencia, como señala Contreras Rebeca: “El procedimiento acusatorio se sustenta en la presunción de inocencia, [...]” (Contreras, 2015, pág. 39), con estos fundamentos cabe evidenciar que parte de la doctrina está en desacuerdo con la decisión de los jueces, es así que Villarreal Jairo, menciona:

La resolución de la Corte Constitucional del Ecuador, mediante la sentencia mencionada en líneas anteriores trae consigo muchas interrogantes las mismas que se provocan a raíz de la colisión de derechos constitucionales, la primera trata de la garantía contra la libertad reproductiva, para lo cual debe considerarse que la primera es de carácter procesal, ya que la misma se enmarca cuando se ha activado un sistema de normas que marcan el camino de un proceso, es decir en el aspecto penal

nace con la denuncia, misma que pone en cuestionamiento la presunción de inocencia dentro de las etapas pre procesal y procesal penal en el Ecuador. En cuanto a la segunda es una norma con estructura de principio ya que se encuentra establecida en el artículo 66 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador, siendo esto una fuerza natural de funcionalidad del derecho, garantizando el desarrollo de la vida en sociedad. (Villarreal, 2022, pág. 567).

2.3. Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad del numeral segundo del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal

Los accionantes demandan la inconstitucionalidad por el fondo del numeral segundo del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, por inferir que transgrede los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres que no padecen una discapacidad mental y no pueden abortar si su embarazo fue producto de una violación, además de ser contrario al principio de igualdad y no discriminación, reconocido en el numeral cuarto del artículo 66 de la Constitución de la República.

Se conceptúa que no permitir abortar a las mujeres lúcidas es una medida injusta y represiva, pese a que hay una similitud de escenarios, se da una especie de trato diferenciado, aludiendo que solo aquellas mujeres con una discapacidad mental puedan abortar, por considerarlo un grupo de atención prioritaria, sin embargo, la medida no es adecuada, estableciendo una distinción que carece de razonabilidad, objetividad y un propósito legítimo, el trato desigual es atentatorio contra aquellos derechos consagrados en la Ley Suprema, apartándose del fin que persigue la norma.

El cuestionamiento es determinar si hay una justificación motivada que permita identificar si es inconstitucional el aborto por violación, el juicio de valor va direccionado en establecer que la condición y vulnerabilidad de las mujeres que tienen una discapacidad mental no es razón suficiente para que puedan abortar, ya que no son el único grupo vulnerable dentro del Estado ecuatoriano. Lo que se pretende conseguir es que haya autonomía al momento de decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos, estableciendo un trato igualitario y digno, por ello la Corte Constitucional realiza un control de constitucionalidad para comprobar la incompatibilidad de la norma y así apartarla del ordenamiento jurídico, por atentar a la supremacía constitucional.

En este caso, la decisión es trascendental en la medida que emplea la prevalencia de la dignidad como una base para dar paso a un derecho a abortar, Córdova Paúl refiere que “La dignidad es concebida como una fuente de derechos y garantías para su plena protección, [...]” (Córdova, 2011, pág. 6). La apreciación que le dan los juzgadores a este valor es por

considerarlo un pilar en el desarrollo del individuo como persona. Se analiza en conjunto los principios de no discriminación e igualdad, al ser necesarios para poder resolver aquella disyuntiva que no estaba claramente resuelto y definido en la norma jurídica.

El examen exhaustivo que realizó la Corte es acertado en vista de que evidencia una desigualdad hacia las mujeres, cabe aclarar, que la igualdad no debe entenderse en sentido estricto, sino más bien saber aplicar el principio al caso en concreto, puesto que la problemática que confronte cada individuo o grupo social va a tener una distinta posición jurídica, como mejor lo entabla Paúl Córdova declarando que: “La igualdad jerárquica de los derechos que plantea la Constitución no es posible porque desconoce e ignora que no todos los individuos están en las mismas condiciones jurídicas, [...]” (Córdova, 2011, pág. 76). De ahí, la necesidad de que los magistrados realicen un ejercicio reflexivo que determine el grado de afectación al derecho quebrantado, más aún con lo mencionado por el mismo autor:

[...], la agrupación constitucional discrimina al no llamar a todos como de una misma categoría, creando otras como aquellos de atención prioritaria, de las comunidades, pueblos y nacionalidades, de participación, de libertad, entre otros. En pocas palabras, pese al principio de igualdad de los derechos, todos pertenecen a categorías y grupos distintos que ya alteran el mismo esquema constitucional. (Córdova, 2011, pág. 74).

Si bien no hay una definición exacta de lo que significa una agrupación constitucional, lo que se quiere inferir al dar esta denominación, es que hay un grupo de personas que hacen uso de sus derechos fundamentales de manera colectiva, pero que se distinguen por tener una característica común, como por ejemplo el caso de los pueblos indígenas. El mismo autor expresa que: “Para el caso ecuatoriano, la Constitución crea distintos grupos de denominaciones para marcar una posición distinta con la división doctrinaria [...]” (Córdova, 2011).

La importancia de la Corte en relación a este tipo de problemáticas es fundamental, porque actúa como un filtro frente a normas opuestas al ordenamiento jurídico en la legislación de turno, pero siempre enmarcado en el ideal de justicia que rige en el Estado, el cambio de paradigma jurídico que se da a partir de la Sentencia 34-19-IN/21 y Acumulados ocasiona que el Estado ya no actúe como un aparato persecutor, ya que, al despenalizar esta conducta, se genera una especie de abstención.

María Emilia Merchán y María Angélica López, en su obra *La Despenalización del Aborto en el Ecuador: una mirada a la actuación de la Corte, el Presidente y la Asamblea Nacional*, sugieren el porqué del actuar de la Corte Constitucional en esta controversia, diciendo que:

Es entonces el Estado, esencialmente el Parlamento, que constituye un órgano democrático y de representación popular, al que le corresponde la deliberación de cuestiones sociales trascendentales, como es el caso del aborto por violación; empero, cuando este órgano de representación es ausente, es la Corte Constitucional quien se ve obligada a responder ante la exigencia de derechos por parte de la ciudadanía.

La potestad que tiene el Estado para hacer uso de su poder punitivo, se encuentra condicionada, ya que no se podrá accionar en contra de la mujer que aborta por violación hasta llegar a comprobar la responsabilidad penal del acusado por el delito de violación, por lo que puede o no, ser relevante para el derecho penal, a sabiendas que parte siendo un hecho no punible, no pudiendo delimitar con exactitud lo que Lorenzo Morillas afirma: “las capacidades punitivas del Estado se encuentran normadas y concebidas dentro del derecho penal, por tanto esta rama del derecho otorga a la administración de justicia la facultad de imponer un castigo a un individuo” (Morillas, 2018, pág. 20).

2.4. La proporcionalidad de la sanción penal a mujeres víctimas de violación sexual que han interrumpido su embarazo sin tener una discapacidad mental

Los legisladores consideraron que la penalización del aborto es necesaria para garantizar el derecho a la vida desde la concepción, sin embargo, hay excepciones respecto de la punibilidad de este delito, que se dan por la prevalencia de un determinado hecho sobre la infracción penal, de modo que la conducta en la que se incurrió no podrá imponérsele una pena. A lo largo del tiempo debido a la coyuntura y los cambios en la sociedad, hacen que los asambleístas configuren ciertos aspectos de una norma en un caso concreto.

La Corte Constitucional para saber si es o no excesiva la pena impuesta a las mujeres que no tienen una discapacidad mental, pero que abortan cuando su embarazo fue producto de una violación, realizan un ejercicio de proporcionalidad, situación que está reconocida en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.” (Asamblea Nacional, 2008, pág. 38). La doctrina señala que este principio abarca tres subprincipios que son: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Inicialmente los jueces en lo que concierne al criterio de idoneidad, dicen que: “[...] la imposición de una sanción penal no evita que las mujeres violadas incurran en la conducta que se pretende impedir. [...]” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021). Y segundo que: “[...] 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. [...]” (Corte Constitucional Ecuatorina,

2021). Con estos dos argumentos expuestos, es menester analizar si se cumple a cabalidad si el medio empleado es apto para poder alcanzar el fin que se persigue.

En el primer supuesto, la justificación del porqué de esa decisión, no es acorde, si específicamente se quiere tratar sobre el aborto por violación, que incurran en la conducta que se quiere evitar es una forma generalizada de entender el problema, y sería factible si hablásemos de una legalización de este comportamiento, pero no es el caso, ya que una mujer que no fue violada y está en su proceso de gestación también puede abortar, el segundo fundamento que mencionan los magistrados aseveran que la punición en este caso no es la mejor forma de respaldar los derechos en colisión, Nieves indica que: “[...] la sanción penal se ha convertido en un instrumento estatal, que lo utiliza como *prima ratio* desconociendo los límites de la intervención penal.” (Nieves, 2019, pág. 30), además que la penalidad en este caso atenta contra la integridad de la mujer, sobre esto Rivacoba considera que: “La humanización de las penas, rechazando aquellas que respecto a la sensibilidad y las valoraciones de la época revela una crueldad insoportable o repugnan a la dignidad humana.” (Rivacoba, 1995, pág. 206).

Aguado Correa plantea que: “El principio de idoneidad requiere que el Derecho Penal sea apto para la tutela del bien jurídico y que la medida adoptada, tanto la pena como la medida de seguridad, sea adecuada para conseguir la finalidad que persigue.” (Correa, 1999, pág. 147), entonces cabe examinar si los derechos del que está por nacer ameritan que tenga una tutela penal, para ello Yenissey Ivonne Rojas considera que un bien jurídico debe tener las siguientes características para que haya una intervención penal: “a) Ser merecedor de protección, b) Estar necesitado de protección, c) Ser capaz de protección y d) poseer suficiente importancia social” (Rojas, 2009, pág. 278).

A pesar que el ser que se encuentra en el claustro materno cumple con las características expuestas en el párrafo anterior, dichos parámetros no pueden establecer con exactitud si se debe seguir manteniendo la tutela penal, sin embargo, el criterio de idoneidad consta de dos elementos que esclarecen de mejor manera la controversia, Cárdenas señala que: “la ley tenga un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención o afectación a los derechos fundamentales sea adecuada para perseguir el fin constitucionalmente legítimo.” (Cárdenas, 2013, pág. 9), y como segundo elemento “la medida de intervención o afectación a los derechos fundamentales sea, sino la más útil y eficaz para conseguir el fin propuesto, sí una medida apropiada, es decir, no superflua o ineficaz para arribar al fin constitucionalmente legítimo.” (Cárdenas, 2013, pág. 9).

De lo mencionado, intuimos que el acto de concebir, parte de haberse consumado el delito de violación, entonces como podemos discernir de un fin legítimo en el cuidado y protección del no nacido, si a cambio se tiene que vulnerar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, forzándoles a una maternidad no deseada, en este sentido no parece adecuado la transgresión a los derechos fundamentales intervenidos, resultando ineficaz e inútil la medida.

En segundo lugar, tenemos el criterio de necesidad, respecto de esta situación la Corte Constitucional se refieren en los siguientes términos:

[...] 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 pueden ser consideradas antisociales, sino únicamente en aquellos casos donde existe un verdadero riesgo para los intereses de la comunidad o los individuos trasgrediendo las condiciones mínimas de sobrevivencia de la sociedad. (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021).

Delimitar si la intrusión penal es insustituible y que no hay algún otro medio alternativo que garantice y de respaldo al ser que aún no es considerado persona, es el cuestionamiento a precisar, hay que esclarecer que las políticas públicas no van a dar una solución total a este dilema, pero es una herramienta menos gravosa que la intervención del aparato estatal a través del Derecho Penal, recordando que este es de ultima ratio, en esta circunstancia ambos mecanismos cumplen el objetivo, pero la viabilidad y su grado de afectación es lo que los distingue, en el caso expuesto ya se define con claridad que postura es más favorable a los derechos intervenidos.

Finalmente tenemos al criterio de proporcionalidad en sentido estricto, frente a esto los juzgadores constitucionales indican lo siguiente:

La medida – vista como el equilibrio entre el sacrificio y el beneficio conseguido – tampoco se encuentra que la sanción penal este 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 las mujeres víctimas de violación en detrimento de su integridad personal, autonomía sexual y reproductiva y libre desarrollo de la personalidad. (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021).

Para entender lo que se plantea en este último criterio aludimos a Robert Alexy: “la proporcionalidad en sentido estricto, entraña establecer cuál de los intereses en conflicto, jerárquicamente iguales en abstracto, tiene mayor peso en el caso concreto.” (Alexy, págs. 1-

26). Lo que se pretende es ponderar uno de los derechos que entraron en colisión, intentando no fijar una jerarquía entre estos, sino más bien midiendo el grado de afectación que se les ocasionado al derecho fundamental, considerando el beneficio que implica cumplir con la medida legítimamente constitucional y la importancia que esta tiene, debido a que se determina la gravedad de lo injusto y de la pena, la configuración legal del derecho a la vida es clara y contundente, pero eso no implica que la norma sea eficaz en el tiempo, el daño que se ocasiona a las mujeres es excesivamente abrupto, que difícilmente cabe justificación alguna que respalde la factibilidad de no despenalizar la conducta, si la magnitud del daño ocasionado tiene como desenlace la vulneración de los principios de discriminación e igualdad, empero que es preponderante la libertad sexual y reproductiva en este caso en específico, pero no si hablásemos de una legalización del aborto.

Considero que la Corte Constitucional en su sentencia se aparta de la teoría de la pena, para dar prevalencia a resolver la proporcionalidad de la sanción penal, enfocada más desde una perspectiva constitucionalista, si bien no es un error, se diría que es un análisis inconcluso. Elena Marín de Espinosa argumenta que: “Las teorías de la pena no sólo tratan de legitimar o justificar la imposición de una pena, sino que, además, orientan su aplicación práctica [...]” (Marín de Espinosa , 2019, pág. 2), el uso de esta herramienta del derecho penal podría haber coadyubado a tener un mejor criterio del trato jurídico que se daba a las mujeres que recibían una sanción penal, cuando su embarazo haya sido a causado por una violación.

Claus Roxin opina que: “se trata de saber si el sujeto individual merece una pena por el injusto que ha realizado.” (Roxin, 1997, pág. 222). El uso de la teoría de la pena, para precisar la necesidad de la misma, en el caso concreto de la sentencia, ha sido inutilizado, pero eso no quiere decir que no sea relevante, sobre esto Gloria Gallego dice: “la necesidad de una pena debe entenderse como una exigencia adicional a los elementos del hecho punible.” (Gallego, 1999, pág. 39), entonces no podemos señalar que haya un minucioso examen que permita en la práctica saber si la sanción penal guarda relación con la estructura de los tipos penales que se encuentran en el COIP, en cambio, entenderíamos que la pena, seguirá siendo proporcional hasta que haya la interposición de una acción que busque transformar los elementos que componen la estructura del tipo, porque se ha considerado que no hay la necesidad de una sanción o que esta es injusta.

2.5. Análisis del voto concurrente en la Sentencia No 34-19-IN/21 y Acumulados de la Corte Constitucional

El voto concurrente nos da una opinión jurídica con un criterio distinto, pero apoyando la decisión judicial, donde se da una respuesta al dilema de permitir abortar a la mujer que no

padece de una discapacidad mental cuando su embarazo fue producto de una violación, resaltando el agravio que sufren las mujeres al no tener acceso a servicios de salud adecuados, asimismo la afectación y secuelas que se dan a partir del violento acto sexual de las que son víctimas, también del hecho de que recurran a la clandestinidad para realizarse la práctica abortiva, igualmente se aclara que no se está legalizando el aborto, si no únicamente se despenaliza aquella conducta que han considerado los juzgadores como excesivamente gravosa.

Se asevera que en ningún momento la Corte se está apropiando de las competencias que tiene la Asamblea Nacional, que únicamente se resolvió una acción de inconstitucionalidad. La Corte Constitucional como institución garante de los derechos consagrados en la Constitución, si alguna norma afecta el marco constitucional, este organismo se encargará de apartarla del ordenamiento jurídico, garantizando la armonía y concordancia de los preceptos constitucionales, además manifiestan que criminalizar el aborto no es un medio adecuado para proteger al nasciturus, que existen otros mecanismos como las políticas públicas que pueden dar resultados más acordes al caso en concreto. La comprensión que se tiene acerca de la normativa penal también debe estar pensada en ser garante de derechos.

La efectividad de lo dispuesto en esta decisión radica en dos puntos: “[...] la satisfacción del derecho con el menor 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.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 59). En relación al primer supuesto, la sobreposición de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer frente a los derechos del que está por nacer está justificada en parte, dado que se verifico que la sanción penal no es proporcional al acto de abortar. El segundo escenario es muy discrecional a saber si es o no viable, puesto que, el Estado deberá estar en la capacidad de brindar los servicios de salud necesarios, lo cual implica un costo, como la implementación de equipos, médicos especialistas, servicios psicológicos, etc. Se requiere un tiempo prolongado y ejercicios estadísticos, que establezcan si el cumplimiento es más o menos costoso.

Se recomienda al Estado ecuatoriano acogerse a lo que disponen organismos internacionales como las Naciones Unidas, entre estas políticas está: mejorar la educación sexual, la salud sexual y reproductiva, entre otros. En lo que se refiere a las recomendaciones y tratados internacionales, es necesario saber darles la interpretación adecuada y el correcto alcance, por ende, el uso y aplicabilidad de estos debe ser de tal forma que reflejen su afinidad con el fin que persigue la causa.

Por otra parte, el excesivo uso del poder punitivo no debe ser entendido como una herramienta *prima facie* para la solución de los problemas sociales, si bien el sistema penal actúa como un instrumento de control frente al indebido actuar de las personas, en este caso, la restricción no hacía que el acto delictivo dejase de suceder, por lo expuesto, no en todos los casos la penalización de una conducta va a ser la respuesta frente a diversas controversias sociales, en otras palabras Nieves Sanz enfatiza que:

[...], el efecto de la penalización puede ser la prevención a corto plazo, esto es, puede pacificarse la conciencia colectiva ante dichos delitos, pero es dudoso que se consiga prevenir estas conductas sin una adecuada política que atienda las causas de esta criminalidad. (Nieves, 2019, pág. 219).

Se deja cierta incertidumbre de si los juzgadores incurrieron o no en un activismo judicial, afirman que su postura es conforme a la normativa constitucional, recalcando que se quiere desacreditar la posición jurídica que tienen los jueces, señalando que: “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.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 64). Al no ser tan explícitos, nace cierta especulación sobre la garantía de motivación, sin embargo, al ser complejo precisar esta situación y al no haber un desarrollo legal, es necesario recurrir a la doctrina para su entendimiento, Sánchez menciona que:

[...] determinar cuándo una sentencia nace directamente del activismo judicial, siempre que el tribunal además de resolver respecto del caso que ha sido sometido a juzgamiento contiene señales que resultan nuevas e innovadoras para los otros órganos del poder, a los jueces de menor instancia y a la sociedad y como resultado de dichas señales se produce un cambio tanto en la normativa que rige en un país no solo en la norma constitucional y por lo mismo se irá creando jurisprudencia que se guiará por las mismas, eso no solo se percibe como esa fuente de derecho sino que además se volverá un actuar consuetudinario de parte de quién administra justicia. (Sánchez, 2011, pág. 13).

La Corte aclara que no es su tarea la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación, recalcando que el Estado deberá garantizar el cumplimiento de lo que se dispuso, que en general es brindar servicios de salud seguros, en donde la mujer no sienta que se le están afectando sus derechos, y el no imponer algún obstáculo que dificulten su cumplimiento, la decisión implica un avance en materia de derechos.

Considero que el voto concurrente se deslinda del ámbito jurídico cuando en sus párrafos cita los testimonios de mujeres que abortaron clandestinamente, estas declaraciones únicamente tienen un valor moralista que busca crear conciencia sobre las repercusiones del no permitir abortar a causa de una violación. Culpan al sistema penal de ser causante de esta situación, cuando el inconveniente parte de que la Función Legislativa consideraba como constitucionalmente válido el numeral segundo del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal.

Un argumento contradictorio a una parte de la dogmática penal, es cuando en este voto el magistrado se pronuncia afirmando que: “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.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021), esto genera cierta discrepancia cuando Sotomayor citando a Ferrajoli en su obra menciona que: “En un sentido amplio es posible afirmar que el derecho penal protege una extensa gama de derechos humanos, algunos de forma directa y otros de manera indirecta.” (Ferrajoli, 1995), es así que Muñoz Francisco ratifica este escenario al aseverar que: “Decir, pues, que el Derecho Penal o el Código Penal protege derechos fundamentales es decir una obviedad.” (Muñoz, 2011, pág. 1), la perspectiva del juzgador orientada de manera distinta hace especular sobre si efectivamente hay un garantismo penal.

2.6. Análisis de los votos salvados en la Sentencia No 34-19-IN/21 y Acumulados de la Corte Constitucional

2.6.1. Voto Salvado de la Jueza Constitucional Carmen Corral Ponce

Los argumentos de este voto salvado empiezan reiterando la importancia y la prevalencia de la vida como un valor universal, estableciéndolo en una jerarquía predominante, apartándose de la noción que considera que ningún derecho es absoluto, puesto que para dar fuerza a su tesis aducen en su motivación a lo que dice Santos Cifuentes: “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; [...]” (Cifuentes, 1995, pág. 232).

Se da una serie de explicaciones biológicas y genéticas de cuando comienza la existencia del nasciturus, aspecto que no debió ser traído a juicio, porque implica apartarse de la principal discusión y controversia jurídica, que es propiciar por qué debería primar los derechos sexuales y reproductivos de la mujer sobre los derechos del que está por nacer, es decir, dar las razones suficientes que establezcan la preponderancia de un derecho sobre el otro. Así mismo, resalta que esto no va hacer que se deje de cometer el delito de violación, afirmando que no es una solución intrínseca que permita erradicar la problemática de fondo,

aseverando que existen otros medios como: un incremento de penas, políticas de adopción, etc.

No hay una referencia amplia que esté relacionado con algún incidente que pueda presentarse dentro del proceso penal, sin embargo, la magistrada pretende prever algún posible escenario que pueda acarrear la decisión del voto de mayoría, no obstante, la redacción de su cuestionamiento va encaminada a que los requisitos exigidos para poder abortar ya constituirían prueba plena, anunciando lo siguiente:

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 si siquiera se haya comprometido que el hecho fundamental que lo motiva se haya producido efectivamente. (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 79).

La denuncia no podría constituir prueba plena, debido a que se la concibe como: “Por denuncia en materia penal debe entenderse la noticia que tiene el Ministerio Público de la existencia de un hecho delictuoso, [...]” (Semanao Judicial de la Federación, 1997, pág. 620), en resumen, es dar a conocer a la Fiscalía sobre la noticia de una infracción penal. La declaración juramentada podría ocasionar cierta problemática, al hacer jurar a la mujer que fue víctima de una violación, cuando es Fiscalía el responsable de la acción penal pública. Lo que concierne al examen médico, considero que, si es de vital importancia la realización de este, de modo que ayuda a tener elementos que serán trascendentes durante el proceso penal.

La jueza declara que en el artículo 45 de la Carta Constitucional no debería haber interpretación alguna, refiriéndose que el texto constitucional fue aceptado en un referéndum por la voluntad popular y que ese es el pronunciamiento que admite el pueblo ecuatoriano, es muy discrepante aquel escenario, por el dinamismo del derecho, por lo tanto, tiende a cambiar con el tiempo, he ahí la necesidad de interpretar de la manera más adecuada los preceptos constitucionales, respecto a la interpretación Galiano Maritan menciona que: “Las normas de cualquier ordenamiento jurídico están destinadas a ser cumplidas, y en su caso, aplicadas, sin embargo, para ser aplicadas, primero deben ser interpretadas, pues la interpretación es la primera actividad para lograr una adecuada aplicación del Derecho.” (Galiano, 2019, pág. 1).

Aunque dentro del ordenamiento jurídico haya normas que por la literalidad de su redacción no ameriten una interpretación, no obstante, en preceptos normativos donde se está sujeto a una colisión entre derechos, es esencial darles un adecuado entendimiento, procurando no ocasionar una diversidad de sentidos que dificulten su comprensión, si no aquella interpretación que sea más acorde a la Constitución. La perspectiva jurídica de la juzgadora está definida de la siguiente manera: “[...], como es la protección de la vida desde la concepción, que no admite una interpretación desde la defensa constitucional del derecho a vivir.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 80). Por lo expuesto, se considera que la norma en concreto es únicamente desarrollada desde una óptica donde el único protagonista es el nasciturus, entorno que podría generar dilemas por lo interconectado que están algunos derechos, puesto que deberían ser analizados como un todo, por la concordancia y dependencia recíproca que mantienen unos derechos con otros.

Se trae también a contexto que la audiencia debió ser de carácter público, ya que el debate traería diferentes perspectivas de grupos sociales ajenos a los que interpusieron la acción de inconstitucionalidad, donde se permita dilucidar distintos criterios, visiones y posiciones sobre el tema en concreto, situación que es bien traída, porque el interés y resultado es de carácter general, por lo que no debieron haber limitado el espacio, haciéndolo sin la participación de otros grupos sociales a sabiendas que las posiciones deberían ser respetadas y escuchadas.

2.6.2. Voto salvado de la Jueza Constitucional Teresa Nuques Martínez

Se hace mención a que la creación del catálogo de delitos es una facultad propia de la Función Legislativa, cabe hacer la aclaratoria que la Corte no está instaurando un nuevo tipo penal, lo que hace es determinar si la sanción penal es o no proporcional, de tal manera que no se dé el juicio de reproche en contra de aquella mujer lucida que abortó al quedar embarazada a consecuencia de una violación.

Recalca la falta de presencia de la ciudadanía en general, de modo que, al ser un tema trascendental dentro de la esfera jurídico – social en el Estado ecuatoriano, es de vital importancia la participación de los distintos grupos sociales, que prevalezca un diálogo democrático donde la decisión sea tomada a partir de haber escuchado y analizado las distintas perspectivas que ofrece la ciudadanía.

Referente a la posibilidad de un prejuicio respecto a la viabilidad fetal, a causa de que no se ha logrado comprobar con tanta exactitud cuando el nasciturus tiene algún grado de conciencia, no cabe alegar este argumento para cuestionar la tesis del voto concurrente, convenientemente el ejercicio de ponderación ya sobrepuso la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer, escenario que está justificado. Los términos gestacionales no

deberían presentar un problema extenso, ya que la ley fijara hasta que semana de embarazo está permitido abortar.

La magistrada en su voto salvado hace alusión en uno de sus apartados a las tensiones en el proceso penal, aunque la motivación de dicho pronunciamiento no sea tan extenso, da apertura a cuestionarse si la sentencia dilucida o trata de abordar la mayor cantidad de posibles contrariedades que permitan de cierta forma no generar un altercado o consecuencia jurídica, donde manifiesta que: “[...], la decisión de mayoría, sin desarrollar una debida ponderación, crea una especie de fórmula 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.” (Corte Constitucional Ecuatorina, 2021, pág. 100). Se expone un permisible altercado dentro del derecho penal, aunque no especifica el precepto legal afectado, podemos entrever por la conmoción ocasionada a lo que León Pablo refiere en su obra:

[...] el debate por la despenalización, tratando de apelar al sentimiento humano, pero nunca se considera el marco legal que recubre todo esto, que es lo más importante. El marco legal y constitucional al que nos referimos es, por una parte, la presunción de inocencia. (León, 2020).

La vulneración de la presunción de inocencia sigue siendo una situación discrecional, puesto que la forma de percibirlo es variada, sin embargo, Miguel Aguilar citando a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establece que: “el derecho a la presunción de inocencia a cualquier persona imputada por la comisión de una conducta tipificada como delito, por lo que debe ser tratada como inocente durante el trámite del procedimiento; incluso, antes de que se inicie.” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pág. 111), desde esta perspectiva, no es factible la despenalización del aborto por violación. Lo anunciado pone en duda la condición jurídica del posible infractor, no obstante, también ocasiona dificultades hacia la parte denunciante, ya que, en el caso de declarar inocente al procesado por el delito de violación, cuál sería el estado jurídico en la que se queda la mujer que aborta.

3. Capítulo III. Derecho Comparado

3.1. El Aborto en Argentina

El aborto en la legislación argentina ha estado sujeto a varios cambios socio jurídicos a través de su historia, en gran medida se debe a la coyuntura generada por organizaciones sociales a fines con la causa, esto a emanado en un debate jurídico – político, donde la diversidad de posturas ha hecho que los legisladores y tribunales den una respuesta frente a este tipo de controversias, sin embargo la normativa al no ser estática hace que se dé una inconsistencia

al intentar buscar una solución, de este contexto hay momentos que destacan por crear cierta conmoción, ya sea de índole jurídica o extrajurídica, es así que a partir de la promulgación del Decreto Ley N° 17.567 hubo un indicio de lo que pudo haber sido la despenalización del aborto por violación. La Organización Argentina Fundación Huésped explica de una manera más elaborada este escenario:

En 1968, durante el régimen de la autodenominada Revolución Libertadora Argentina, entra en vigencia el Decreto Ley N.º 17.567, el cual establece la no penalización si el peligro para la vida o la salud de la mujer es grave; o en cualquier caso de violación, siempre que éste estuviera judicializado, y con el consentimiento de un representante legal si la mujer fuera menor, idiota o demente. (Organización Argentina Fundación Huésped , 2021, pág. 1).

Del párrafo anterior, la exigencia de que la causa penal este judicializada da cierta seguridad jurídica a la sociedad que se está cumpliendo con las garantías que la ley determina, logrando así el efectivo ejercicio de los derechos consagrados en el ordenamiento jurídico. Al haber una sentencia donde se constata la existencia de una violación, la práctica abortiva no carece de legitimidad al comprobarse el hecho que lo motiva. Pineda José en su obra La Importancia de judicializar los casos de violación de derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, refiere que:

[...] la importancia de judicializar los casos de violaciones a los derechos humanos no solo se trata de una consecuencia o un efecto a la transgresión de esas normas, si no que se trata al mismo tiempo de investigar, procesar y sancionar a los responsables de dichas violaciones, incorporando al mismo tiempo la importancia de satisfacer el derecho subjetivo de las víctimas, [...] en el que las víctimas, sus familias y la comunidad en general tiene que saber por qué y cómo sucedieron esas violaciones, [...] (Pineda, 2017, pág. 15).

Destacar el valor de no dejar impune los actos delictivos, es una muestra del buen funcionamiento de la administración de justicia, dicho actuar se considera como uno de los objetivos a cumplir en los procesos penales, donde se resguarda al inocente, se procura que el infractor sea juzgado, y se repare los daños ocasionados por el delito, sobre esto Darina Ortega León citando a Ernest Beling señala que: “El objeto procesal es el asunto de la vida, en torno del cual gira el proceso y cuya resolución constituye la tarea propia del mismo”. (Beling, 2002, pág. 140).

En el año 2012 se da un caso judicial paradigmático, donde la Corte Suprema de Justicia se pronuncia con el caso F.A.L, resolviendo que las mujeres violadas, que tenga o no una discapacidad intelectual podrán interrumpir su embarazo sin autorización judicial, una explicación de lo consistió este fallo lo hace León Pablo donde esclarece que:

[...] el conocido fallo F.A.L, que es un caso judicial surgido en Chubut que es una provincia de la Patagonia argentina. Una joven fue violada por su padrastro cuando tenía 15 años y su madre recurrió a la justicia para que su hija pudiera realizarse el aborto en un hospital público. Su petición fue rechazada en primera y segunda instancia y cuando la joven cursaba la semana 20 de embarazo intervino el Tribunal Superior de Justicia provincial que enmarcó el caso en uno de los supuestos de aborto no punible que se encuentran en el artículo 86 del Código Penal y permitió la realización del aborto. (León, 2020, pág. 57).

El caso suscitado en el municipio de Chubut, presenta ciertas peculiaridades con respecto a la decisión del Tribunal Supremo de Justicia, puesto que el Código Penal Argentino permitía interrumpir el embarazo provocado por una violación, cuando la mujer tenga una discapacidad mental, sin embargo, los magistrados dieron una interpretación distinta a los preceptos legales, Veliz Sofia esclarece esta situación, argumentando que:

La Corte resolvió el planteo en una sentencia que se convirtió en histórica y que sentó nuevas bases para interpretar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, y en particular el derecho al acceso a la interrupción del embarazo. (Veliz, 2017, pág. 18).

La transformación jurídica que ocurrió tras este proceso judicial produjo efectos en la ley penal y en la creación de políticas públicas enfocadas en aquellos altercados que impedían el acceso a un aborto seguro, donde se podía apreciar con una perspectiva jurídica distinta los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, generando jurisprudencia donde se sopesa que hay argumentos que a futuro permitan considerar constitucionalmente viable una posible legalización, Veliz Sofia dilucida de mejor manera lo expuesto, aludiendo que:

El fallo “F.A.L.” delimitó los alcances de la normativa penal sobre aborto. La Corte ensayó un andamiaje en términos de interpretación de los derechos en juego y acceso efectivo al goce de esos derechos que resultó ser una bisagra en la práctica de las interrupciones legales o no punibles del embarazo en Argentina. La parte más relevante de la sentencia tiene que ver con el mandato, la exhortación de la CSJN a los demás tribunales y poderes del Estado e incluso a las instituciones sanitarias sean

públicas o privadas a que interpreten los casos en que el aborto es legal de manera respetuosa con los derechos constitucionales-convencionales. (Veliz, 2017)

La decisión de los juzgadores generó un cambio dentro y fuera del ámbito jurídico, debido a que en el año 2015 se crea una variación en: “el Protocolo para la Atención Integral de las Personas con Derecho a la Interrupción Legal del Embarazo (Protocolo ILE) desarrollado por el Ministerio de Salud de la Nación, retoma los lineamientos del fallo “F.A.L.”” (Organización Argentina Fundación Huésped , 2021). Consecutivamente habría debates legislativos donde se buscaría legalizar el aborto.

Es en el año 2020 donde sucede un hito trascendental, se instituye mediante la Ley 27610 se aprueba el Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, al parecer en la legislación argentina se considera valido el aborto siempre que sea ejecutado antes de la semana 14, ya que si es realizado ulterior a ese periodo será considerado como delito, solo se podrá abortar posterior al tiempo determinado por la norma cuando estuviera en riesgo la vida de la persona gestante y en casos de violación pero si la mujer tiene discapacidad mental, lo mencionado se corrobora en el artículo 86 del Código Penal Argentino que tras su reforma queda de la siguiente manera: “No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana (14) inclusive del proceso gestacional”. (Ley a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, 2021, pág. 6).

3.2. El Aborto en Uruguay

Al igual que en Argentina y Ecuador el aborto en Uruguay ha sido un tema muy controvertido que a lo largo de la historia ha requerido un exhaustivo y temprano análisis, puesto que a diferencia de los demás países sudamericanos tuvo una apresurada transformación que modificaría su normativa penal y constitucional, pudiéndose considerar como uno de los principales precursores en despenalizar este hecho punible, siendo que su decisión influenciaría en las demás sociedades civiles para que estas exijan a sus autoridades lo implantado en la legislación uruguaya.

En el Estado Uruguayo antes del año 1938 consideraban “el aborto por voluntad de la mujer no constituía un delito; únicamente se lo catalogaba como delito si se realizaba sin consentimiento de la mujer o le causaba la muerte” (Schenck, 2013, pág. 28), posteriormente ya sería penalizado, tras la entrada en vigencia de la Ley 9763 es cuando se exime la pena de esta conducta delictiva en situaciones específicas, como lo manifiesta Stapff Cecilia: “cuando el embarazo era producto de una violación, por el honor de la familia, por angustia económica o por riesgo de vida de la mujer” (Stapff, 2019, pág. 8). Es así que en años ulteriores se ha dado debates parlamentarios sobre si incluir o no este tipo penal dentro del

catálogo de delitos, durante ese transcurso varios fueron los proyectos ley hacia el Código Penal, lo que desencadenó una diversidad de posturas jurídico-políticas.

En el año 2012 es cuando se produce un cambio drástico dentro del ordenamiento jurídico uruguayo, donde se aprobaría una ley que regula la práctica abortiva, particularmente se destaca la libertad sexual y reproductiva que deben tener las mujeres, esto se debe principalmente a la presión que impusieron varios grupos sociales, debido a que recurrían en gran medida a la clandestinidad para poder abortar, poniendo en riesgo su salud y vida, referente a lo manifestado, Schenck Marcela dice:

El 22 de octubre de 2012 en Uruguay fue aprobada la ley 18.987 llamada de "Interrupción voluntaria del embarazo". Esta ley establece en su artículo 2° la despenalización del aborto inducido, siempre y cuando se realice durante las primeras semanas de gestación a través de un procedimiento de consultas que involucra directamente a las instituciones del Sistema Nacional Integrado de Salud. (Schenck, 2013, pág. 30).

Cabe aclarar que la libertad que goza la mujer para practicarse un aborto puede verse afectada, siendo que su decisión puede ser influenciada por los distintos profesionales que la tratan antes de que se ejecute la práctica abortiva, Daián Franchi expone de una manera más elaborada lo siguiente:

Se considera que el fin de esta ley es reducir la realización de abortos, manteniéndose la idea del médico como un "ser superior", donde la mujer queda subordinada al mismo. Al ser obligada a pasar por una serie de consultas con un equipo de "especialistas" y al establecerse cinco días como mínimo para confirmar la decisión en cuanto a interrumpir su embarazo queda cuestionada su capacidad para tomar decisiones. (Franchi, 2014 , pág. 17).

Otro aspecto a mencionar, es que sucedería en el hipotético caso que el progenitor masculino interceda para que la mujer no aborte, limitando el derecho a decidir sobre su cuerpo, dicho escenario solo sucedería si la concepción se dio con el consentimiento de ambas partes, un panorama distinto respecto a la capacidad decisoria que tiene la gestante para poder interrumpir su embarazo lo exhibe Vivar Diana citando a Valdivia:

Un análisis normativo nos demuestra que la mujer uruguaya no posee capacidad jurídica de decisión mediante una acción coercitiva del Estado en irrestricto cumplimiento de los legislativos, cuya pena se extiende al profesional que la realiza o a cualquier persona que influya en la interrupción del embarazo limitando

íntegramente el derecho a elegir en forma libre vulnerando los derechos establecidos en los tratados internacionales que le corresponde como miembro activo de la Convención Americana de Derechos Humanos. (Vivar, 2020, pág. 689).

3.3. Semejanzas y diferencias del aborto con las legislaciones de Argentina y Uruguay

La valoración jurídica que ha tenido el aborto en las legislaciones analizadas generan una diversidad de cambios que han estado sujetos a un minucioso análisis tanto desde una perspectiva legal como ajena a esta, dichas transiciones han desencadenado en la despenalización de esta conducta, sin embargo lo hacen con un matiz distinto, es así que en Argentina y Uruguay el hecho punible ha sido despenalizado sin restricción de causa durante el término que especifique la ley, 14 y 12 semanas respectivamente, transcurrido ese tiempo y no se realizó la maniobra abortiva se estará sujeto a una sanción penal. En el caso del Ecuador el panorama es distinto porque se permite dar por terminado el proceso de gestación en circunstancias específicas, cuando la vida de la madre está en riesgo y cuando el embarazo fue producto de una violación, de ahí que todavía sigue siendo considerado como un delito.

Los procesos que se dieron para reformar el Código Penal e implantar una ley que permita interrumpir el embarazo fue distinto en cada legislación, fue el parlamento argentino y uruguayo que tras alcanzar el porcentaje de votos necesarios modificaron los preceptos normativos que darían paso a dejar de penalizar el aborto, por otra parte fue la Corte Constitucional Ecuatoriana mediante la promulgación de la sentencia 34-19-IN/21 y Acumulados únicamente decidió que se declare inconstitucional la frase “una mujer que tenga discapacidad mental”, logrando así que toda mujer pueda abortar si fue víctima de una violación.

La apreciación jurídica que se tiene sobre la protección al no nacido en cada Estado analizado es distinta, dado que al permitir dar por terminado la vida del que esta por nacer únicamente con la decisión de la gestante, ya no tiene valor alguno la norma donde se señala que se garantiza la protección del nasciturus desde la concepción, en palabras de Chomali Fernando: “[...] no hay bien superior que la vida, fundamento de todos los demás derechos y en que nadie puede atribuirse el derecho para determinar qué vida merece ser vivida o su valor.” (Chomali, 2007, pág. 1). Por otra parte, en la legislación ecuatoriana se podría considerar que se sigue manteniendo la existencia el derecho a la vida como valor universal, ya que las situaciones donde se permite interrumpir el embarazo están justificadas por la prevalencia de un derecho sobre otro.

Se denota que en Ecuador, Argentina y Uruguay la mujer embarazada no goza de una completa autodeterminación al momento de decidir sobre sus derechos reproductivos, debido a que su elección puede verse afectada por la influencia de factores externos: la intervención de los profesionales que la tratan, el mismo Estado incumpliendo y no prestando los servicios de salud necesarios, etc.

Las causales del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal respecto a la no punibilidad del aborto, también han sido implementadas en los Códigos Penales de las legislaciones extranjeras analizadas, con cierta diferencia en cuanto a la redacción de sus artículos, pero conservado la misma finalidad, esto nos da a entender que, si bien las sociedades son distintas, es similar la forma de comprender el hecho merecedor de no percibir sanción penal.

Tras los diferentes cambios que se instauraron en cada legislación se puede determinar el dinamismo del derecho, por lo que se puede catalogar que la normativa no es estática, que va a estar sujeta a lo que disponga los assembleístas, por lo que las conductas que integran el catálogo de delitos por la coyuntura que transcurra en ese momento puede ser que ciertos hechos punibles a futuro dejen de estar penalizados.

Conclusiones

Aunque el Estado Ecuatoriano ha adoptado parcialmente la despenalización del aborto, todavía varios son los grupos sociales que exigen que esta conducta se la realice sin restricción de causa, lo que implica que esta problemática siga sin tener una contundente solución, por lo que este escenario se mantendrá en el tiempo, hasta que los Tribunales o la Asamblea Nacional realicen un minucioso ejercicio de hermenéutica y expongan argumentos debidamente motivados, que den una justificación clara y decisiva a esta controversia.

Estudios e investigaciones consideran que la Sentencia 34-19-IN/21 y Acumulados vulnera la presunción de inocencia del presunto violador, sin embargo a pesar que la Corte Constitucional no da algún argumento, determinamos que la decisión de los juzgadores no interpone alguna restricción a la defensa de las partes procesales, la dificultad que se puede acontecer es en el caso de no llegar a haber una sentencia firme donde se establezca que hubo una violación y la mujer quedo embarazada a causa de este hecho punible, poniendo en duda la legitimidad de la interrupción del embarazo.

Se puede establecer una falta de motivación por parte de los juzgadores, fundamentalmente en el ejercicio de ponderación, escenario que es rescatado en los votos salvados, considero que debió ser mucho más extenso el desarrollo de los tres subprincipios de proporcionalidad de la pena, que son: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto, por

considerarlos la base primordial para establecer si es o no viable la sanción penal a las mujeres que no tienen una discapacidad mental y no podían abortar a causa de violación, cuestión que debió ser mucho más profundizada.

Por último, en lo que respecta al activismo judicial, los magistrados no realizan algún procedimiento o empleo de alguna teoría para justificar que no incidieron en un activismo, simplemente aluden que es una figura jurídica que se ha usado para descalificar la posición jurídica de los jueces, a pesar que doctrinariamente si haya mecanismos e instrumentos que determinan de cierta manera esta situación, sin embargo, no se hizo uso de esto en la motivación de la sentencia.

Recomendaciones

Se debería agregar al estupro y a la inseminación no consentida dentro del numeral segundo del artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, ya que al igual que en la violación, también se da un embarazo no consentido, ocasionando una maternidad forzada y evidenciando la desigualdad y discriminación que sufren las mujeres víctimas de estos delitos, como mejor lo explica Ana María Acosta:

Quando se trata de un caso de embarazo que ha sido provocado a raíz de un crimen, cuando la mujer es víctima de una violación, ella no tiene ninguna responsabilidad moral por el feto, por la concepción que se pueda producir. Sin embargo, el Estado la obliga, por segunda vez, además del crimen original, a seguir adelante con el proceso de embarazo, como si se tratara de un proceso normal. Si ella no está dispuesta a hacer eso, si ella quisiera hacerse un aborto, el Estado le amenaza con la cárcel, cuando ella ha sido víctima de un hecho que debe ser objeto de una investigación y sanción ejemplar por parte del Estado. (Acosta, 2019, pág. 1).

Aunque estas conductas delictivas se configuren de distinta manera, el resultado desencadena en la concepción del nasciturus.

El tribunal constitucional debe entender que la implementación de políticas públicas para respaldar al nasciturus, enfocadas en erradicar la sanción de los delitos de violencia sexual en contra de las mujeres, no van hacer que se deje de cometer violaciones, lo que se debe de realizar es el fortalecimiento de la administración de justicia para que este tipo de infracciones penales no queden en la impunidad.

Los magistrados constitucionales deben basar su motivación en teorías jurídicas que no sean inconsistentes, como concluye Gutiérrez Hernando en su obra el Equilibrio Jurídico. Bases para su Conceptualización en una Teoría Dinámica del Sistema Jurídico diciendo que: “La

determinación del equilibrio jurídico reviste especial dificultad por la incidencia que presenta en las percepciones de equilibrio, el comportamiento del centro de poder del sistema y las diferentes escalas de tiempo que se manejan en su interior.” (Gutierrez, 2008), por lo que se debió dejar de lado el planteamiento de esta teoría.

Referencias

- Acosta, A. (2019, 23 de julio). *La penalización del aborto es una grave injusticia que sufre la mujer*. Asamblea Nacional. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/blogs/grupo-de-los-derechos-por-las-mujeres/62458-despenalizacion-del>
- Aguilar, M. (2015). *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DERECHO HUMANO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37682.pdf>
- Alexy, R. (2011). *La fórmula del peso*. Editorial Porrúa.
- Alonso de Escamilla, A (s/f). *Del Aborto*. Universidad de Alcalá.
- Arango Durling, V. (2018). EL ABORTO Y LAS EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD PENAL, *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* ISSN: 2531-1565, REEPS 3, pp. 1-24. <https://www.ejc-reeps.com/ARANGO.pdf>
- Balestra, C. F., & Ledesma, G. (1999). *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL*. Editorial ABELEDO-PERROT S.A.
- Benítez, C. (2021, 05 de mayo). *Recurso de aclaración y ampliación por la despenalización del aborto por violación*. CONSVLTAX Legales – Tributarios. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNblDGE6J2VzY3JpdG8nLCB1dWlkOidiOTMxOGQyZC1kYWlxLTQ1MWMtYjAzZS0wMDQzZjFlMDZjZTcucGRmJ30=
- Betancur, C. M., & Arroyave, S. O. (2005). El derecho al aborto. *REVISTA OPINIÓN JURÍDICA*, vol. 4, No. 8 pp. 15-38. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5238007>
- Buompadre, J. (s/f). Aborto. *ASOCIACIÓN PENSAMIENTO PENAL CÓDIGO PENAL COMENTADO DE ACCESO LIBRE*, pp. 1-19. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/cpccomentado/cpc37779.pdf>
- Cáceres, S. B. (2021). Capacidad penal e incumbencia profesional del psicólogo forense. *Revista Pensamiento Penal (ISSN 1853-4554)*, No. 402, pp 1-14. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89518-capacidad-penal-e-incumbencia-profesional-del-psicologo-forense>
- Cárdenas, J. (2013). Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.47, No.139. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v47n139/v47n139a3.pdf>
- Cerón Pazmiño, M. (2018). *Falta de tipificación del aborto culposo. Principio de legalidad* [Tesis de pregrado, Universidad Central del Ecuador] Repositorio Digital <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/17280>
- Cervantes, A. (2022). La transformación social por medio del derecho. *Iuris Dictio* N° 30. <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/2861/3238>

- Chomali, F. (2007). Derecho a la vida, derecho fundamental. *Revista Teología y Vida, Vol. XL VIII*. <https://www.scielo.cl/pdf/tv/v48n4/art05.pdf>
- Cifuentes, S. (1995). *Los derechos personalísimos*. Editorial Astrea.
- Código de Ética Médica. (1992, 17 de agosto). Ministerio de Salud Pública. Acuerdo Ministerial 14660 Registro Oficial 5 de 17-ago.-1992. <https://www.studocu.com/ec/document/universidad-tecnica-del-norte/etica/codigo-de-etica-medica/15177761>
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, 10 de febrero). Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014, última modificación: 17-feb.-2021. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- Código Penal Federal. (2009, 24 de junio). CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. Diario Oficial de la Federación, Última Reforma DOF 24-06-2009. https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_mex_anexo7.pdf
- Código Penal y legislación complementaria. (2022, 27 de diciembre). Coedición del Ministerio de Justicia y la Agencia Estatal Boletín Oficial del del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?modo=2&id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria
- Código Penal. (2012, 15 de febrero). Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 147 de 22-ene-1971, Última modificación: 15-feb-201. http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_penal.pdf
- Constitución de la Republica del Ecuador. (2008, 20 de octubre). Asamblea Nacional. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. última modificación: 25-ene.-2021. https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Contreras, R. (2015). LEGALIDAD Y CONVENCIONALIDAD COMO BASE DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Núm. 33. <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n33/n33a2.pdf>
- Córdova, P. (2011). *Derecho Procesal Constitucional: estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia* (1ra. Ed.). Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cornejo, Torres, & etal, e. (2020). *CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL COMENTADO TOMO II*. Editorial CEP CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
- Correa, T. (1999). *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*. Editorial Edersa.
- Franchi Barrero, D. (2014). *El aborto en Uruguay: de la norma a la realidad* [Tesis de pregrado, Universidad Federal De Integración Latino Americana – UNILA]. Archivo digital. <https://dspace.unila.edu.br/bitstream/handle/123456789/651/EI%20aborto%20en%20>

uruguay%20de%20la%20norma%20a%20la%20realidad.pdf%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- Friedman Mateluna, D. (2005). *ANÁLISIS JURÍDICO DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN EL ECUADOR EN CASOS DE VIOLACIÓN* [Tesis de Doctorado en Derecho, Universidad Internacional SEK]
<https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/64/3/AN%c3%81LISIS%20JUR%c3%8dDICO%20DE%20LA%20DESPENALIZACI%c3%93N.pdf>
- Fundación Huésped. (2021). *Historia del aborto en Argentina*.
<https://www.huesped.org.ar/informacion/derechos-sexuales-y-reproductivos/tus-derechos/interrupcion-voluntaria-del-embarazo/historia-del-aborto-en-argentina/>
- Galiano, G. (2019). La interpretación del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano: estudio doctrinal y legal. *Revista de Derecho*. No 27.
<https://www.camjol.info/index.php/DERECHO/article/view/9248/10523>
- Goldstein, M. (2013). *DICCIONARIO JURÍDICO CONSULTOR MAGNO*. Editorial Circulo Latino Austral S.A.
- Gómez, E. (2012). *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO TOMO II PARTE ESPECIAL*. Editorial Ediciones Legales.
- Gutiérrez Prieto, H. (2008). EQUILIBRIO JURÍDICO. BASES PARA SU CONCEPTUALIZACIÓN EN UNA TEORÍA DINÁMICA DEL SISTEMA JURÍDICO. *Vniversitas. ucls. Bogotá. (Colombia) N° 116 pp. 253-266*.
<http://www.scielo.org.co/pdf/vniv/s116/n116a11.pdf>
- Jácome Tapia, M. (2020). *LA CORRECTA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL DE LA VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL*. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador] Repositorio Digital
<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/18434/Marcela%20Anazeth%20J%20C%20A1come%20Tapia%20-%20Tesis%20%282%29.pdf?sequence=1>
- Jara Reyes, S. (2013). *El derecho a la vida del nasciturus: El aborto* [Tesis de Especialidad de Derecho Constitucional, Universidad del Azuay]
<https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/2570/1/09758.pdf>
- Jaramillo, J. S. (s/f). Ecuador: 15% de las muertes maternas se deben a abortos clandestinos. <https://www.planv.com.ec/historias/sociedad/ecuador-15-muertes-maternas-se-deben-abortos-clandestinos>
- León Ortega, D. (2014). El objeto del proceso penal: punto de partida para un debate. *Revista Pensamiento Penal*. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40202-objeto-del-proceso-penal-punto-partida-debate>
- León, P. (2020). Aborto: Una visión general de por qué no es óptimo para el sistema jurídico ecuatoriano permitir el aborto por violación. *UDA LAW REVIEW II*. N°. 2.
<https://revistas.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview/article/view/305>

- Ley Orgánica de Salud, Ley 67. (2015, 18 de diciembre). Asamblea Nacional. Registro Oficial Suplemento 423 de 22-dic.-2006, Última modificación: 18-dic.-2015. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2017/03/LEY-ORG%C3%81NICA-DE-SALUD4.pdf>
- López Moscoso, M. Merchán Moscoso, M. (2023). Despenalización del Aborto en el Ecuador: una mirada a la actuación de la Corte, el Presidente y la Asamblea Nacional. *UDA Law Review* IV, (No. 4). <https://prisma.uazuay.edu.ec/index.php/udalawreview/article/view/615>
- Lovaton Nidya, A. (2017). *DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO* [Tesis para optar por el título profesional de abogado, Universidad Andina del Cusco - Filial Puerto Maldonado] https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/951/Nidya_Tesis_bachiller_2017.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Lucas Marcillo, K., (2022). El poder punitivo del Estado Ecuatoriano y la proporcionalidad de la pena para el delito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en 2021: Caso estudio Manta. 593. *Digital Publisher CEIT*, 7(5-3), 201-216 https://www.593dp.com/index.php/593_Digital_Publisher/article/view/1437/1385
- Marín de Espinosa, E. (2019). El debate actual sobre las teorías de la pena y su incidencia en su proceso de individualización. *Derecho & Sociedad*, (No. 52). <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/21209/20914>
- Maritan, G. (2016). El derecho a la vida como derecho fundamental en el marco constitucional ecuatoriano. Especial referencia al aborto, la eutanasia y la pena de muerte. *Revista Jurídica Piélagus*, Vol. 15, pp. 71-85. <https://journalusco.edu.co/index.php/pielagus/article/view/1287/2533>
- Meini, I. (2013). La pena: función y presupuestos. *Revista de la Facultad de Derecho*, (No. 71). <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32497.pdf>
- Ministerio de Desarrollo Social [MDS]. (2013). *El derecho a la interrupción voluntaria del embarazo*. <https://www.gub.uy/ministerio-desarrollo-social/sites/ministerio-desarrollo-social/files/documentos/publicaciones/1887.pdf>
- Ministerio de Salud Pública [MSP]. (2019). *El proceso de despenalización del aborto en Uruguay. Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo*. https://uruguay.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/unfpa-ive_2020-02-10-webo.pdf
- Ministerio de Salud Pública. (2015). *Guía de Práctica Clínica (GPC) de Atención del Aborto Terapéutico*. <https://www.salud.gob.ec/wp-content/uploads/2016/09/Aborto-terap%C3%A9utico.pdf>
- Mir, S. (2003). *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL*. Bdef. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30052.pdf>
- Morillas, L. (2018). *Sistema de derecho penal: parte general*. Editorial Dykinson S.L.

- Muñoz Conde, F. (2017). *Derecho Penal Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch
- Muñoz, F. (2011). PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CODIGO PENAL Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General). *Derecho y Cambio Social*. Pp. 1-12.
- Neira Miranda, J. (2016). Aborto, aspectos clínicos y epidemiológicos. *Revista de Ciencias Médicas ARS Medica*, Vol. 15, núm. 2, <https://www.arsmedica.cl/index.php/MED/article/view/290/222>
- Neuman, E. (Ed.). (1997). *La Legalización de las drogas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Nieves, S. (2019). *Política Criminal*. Edición Ecuatoriana.
- Organización Mundial de la Salud. (2009). Interrupción Voluntaria Del Embarazo – Ive. <http://www.abortoinformacionmedica.es/2009/03/28/definicion-de-ive-interrupcion-voluntaria-del-embarazo/>
- Pauta, W. & Vivar, D. (2020). Despenalización del aborto. Una mirada desde la ciencia, religión, género y la política. Análisis ecuatoriano. *Revista Científica FIPCAEC*, N° 3, 668 – 705. <https://fipcaec.com/index.php/fipcaec/article/view/255/428>
- Pavón Vasconcelos, F. (1976). *LECCIONES DE DERECHO PENAL (PARTE ESPECIAL)*. Editorial PORRÚA, S.A. Av. Republica de Argentina, 15.
- Pineda Coronado, J. B. (2017). Importancia de judicializar los casos de violación de derechos humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Entorno*, número 63, 14-17. <https://www.lamjol.info/index.php/entorno/article/view/6072>
- Pozo José, H. (s/f). *MANUAL DE DERECHO PENAL, Parte Especial 2, ABORTO*. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/temas/t_20080528_04.pdf
- Real Academia Española. (s/f). *Diccionario de la Lengua Española*. RAE. <https://dle.rae.es/diccionario>
- Rivacoba, M. (1995). ORDEN POLITICO Y ORDEN PENAL. *Revista Chilena de Derecho*. Val. 7.2 No 2. pp. 201-212.
- Rivera, N. (2008). *El aborto y la situación de la píldora del día después en el Ecuador*. [Tesis de Doctora en Derecho, Universidad del Azuay] <http://dspace.uazuay.edu.ec/bistream/datos/792/1/06909.pdf>
- Rivera, R. (2011). *LA PRUEBA: UN ANÁLISIS RACIONAL Y PRÁCTICO*. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788497688994.pdf>
- Rodríguez, P. (2014). Despenalizar drogas en México, implicaciones de una política criminal garantista. *Criterio Jurídico Garantista*, Año 6, No 11, 44-67. <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/440>

- Rojas, I. (2009). La proporcionalidad en las penas. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2937/15.pdf>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal*. p.e, Civitas.
- Sánchez, P. (2011). *EL ACTIVISMO JUDICIAL*. [Tesis de postgrado, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional. <https://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/5519/1/08519.pdf>
- Sandoval, J. (2003). CAUSALES DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD PENAL. *Revista de Derecho*, (No. 19). <https://www.redalyc.org/pdf/851/85101901.pdf>
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, (1997). Tomo: V, *Tesis: VII.P. J/21*, pp. 620
- Sentencia N° 13-18-CN/21. (2021, 5 de diciembre). Corte Constitucional del Ecuador. <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/Sentencia-No-13-18-CN21.pdf>
- Sentencia N° 34-19-IN/21 y Acumulados. (2021, 28 de abril). Corte Constitucional del Ecuador. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVvNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=
- Sentencia, Juicio No. 0718-2013. (2014, 23 de abril). Corte Nacional de Justicia (Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito). https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2014/R566-2014%20J718-2013%20ABORTO%20E.pdf
- Sotomayor, J., Tamayo, F. (2017). La integración de las normas internacionales sobre derechos humanos al derecho penal: una interpretación garantista. *Estudios Socio-Jurídicos*, 20(1), 207-236. <http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v20n1/0124-0579-esju-20-01-00207.pdf>
- Urdaneta, E. (2014). El formato de la pregunta y los aspectos conativos en la evaluación del aprendizaje, *Scielo*, vol.35 (No.2). http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1011-22512014000200006
- Vadillo, E. (1999). DESCRIMINALIZACIÓN Y DESPENALIZACIÓN REFORMA PENAL Y DESCRIMINALIZACIÓN. *Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid*, Número Extraordinario 13, pp. 375-383. <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2174310/08+Descriminaliz.pdf>
- Veliz, S. (2017). *El aborto en Argentina: argumentario jurídico en el camino hacia su despenalización y legalización* [Trabajo de Fin de Máster, Universidad Autónoma de Madrid]. Archivo digital. <https://www.pensamientopenal.com.ar/libraries/pdf.js/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fwww.pensamientopenal.com.ar%2Findex.php%2Fsystem%2Ffiles%2F2017%2F09%2Fdoctrina45770.pdf#page=1&zoom=auto,-19,851>

Villarreal Lima, J. S., Rosero Martínez, C. G., & Villarreal Enríquez, K. D., (2022). El aborto y su argumento jurídico en caso de enfermedades catastróficas en el Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 14(S3), 566-575