



UNIVERSIDAD INDOAMÉRICA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS POLÍTICAS

MAESTRÍA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA:

**DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN EN EL ECUADOR.
ANÁLISIS DE SENTENCIA NO. 34-19-IN/21 DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.**

Trabajo de titulación, modalidad estudio de caso, previo a la obtención del título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

Autor(a)

Ab. Gómez Endara Melany Samantha

Tutor(a)

Ab. Rocha Pullopaxi. Milton Enrique, Mg.

QUITO – ECUADOR

2024

AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Yo, Gómez Endara Melany Samantha, declaro ser autor del Trabajo de Titulación con el nombre “**DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN EN EL ECUADOR. ANÁLISIS DE SENTENCIA NO. 34-19-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**”, como requisito para optar al grado de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los derechos de autor, morales y patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 03 días del mes de marzo de 2024, firmo conforme:

Autor: Melany Samantha Gómez Endara.

Firma:.....

Número de Cédula: 171861586-5

Dirección: Joaquín Sumaita N48-170 y Dammer, La dammer 1, Quito, Pichincha

Correo electrónico: samantha.gomezendara@gmail.com

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “**DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN EN EL ECUADOR. ANÁLISIS DE SENTENCIA NO. 34-19-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**” presentado por Samantha Gómez Endara, para optar por el Título Magíster en Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 24 de febrero de 2024

.....
Ab. Milton Enrique Rocha Pullopaxi, Mg.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de titulación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos, personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 03 de marzo de 2024

.....
Melany Samantha Gómez Endara
C.I. 171861586-5

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de titulación ha sido revisado, aprobado y autorizado su impresión y empastado, sobre el Tema: **DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN EN EL ECUADOR. ANÁLISIS DE SENTENCIA NO. 34-19-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**, previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho, Mención Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el maestrante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 03 de marzo de 2024

.....

Ab. Masapanta Gallegos Christian Rolando, Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

.....

Ab. Moreno Navarro Estefanía Carolina, Mg.
EXAMINADORA

.....

Ab. Rocha Pullopaxi Miltón Enrique, Mg.
DIRECTOR

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|--|------|
| TEMA | i |
| AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN | ii |
| APROBACIÓN DEL TUTOR..... | iii |
| DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD..... | iv |
| APROBACIÓN TRIBUNAL | v |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS | vi |
| ÍNDICE DE TABLAS | viii |
| DEDICATORIA | ix |
| AGRADECIMIENTO | x |
| RESUMEN EJECUTIVO | xi |
| INTRODUCCIÓN | 13 |
| CAPÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO | 16 |
| Principio de Supremacía Constitucional en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia..... | 16 |
| Estado Constitucional de Derechos y Justicia | 16 |
| Estado de Derecho | 17 |
| Estado Constitucional de Derecho..... | 18 |
| Estado Constitucional de Derechos y Justicia | 19 |
| Supremacía Constitucional..... | 22 |
| El control de constitucionalidad | 26 |
| Difuso | 28 |
| Concentrado..... | 30 |
| Control concreto | 32 |
| control abstracto | 35 |
| El control de constitucionalidad en el Ecuador..... | 38 |
| El control constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano | 41 |
| El control de constitucionalidad desde la Corte Constitucional | 47 |

| | |
|--|-----|
| La Penalización del Aborto | 51 |
| Causas Históricas de la Penalización del Aborto | 51 |
| Análisis del aborto en la legislación ecuatoriana y en la Constitución | 54 |
| El derecho a la igualdad y no discriminación en la despenalización del aborto | 66 |
| El derecho a la igualdad y no discriminación..... | 66 |
| Igualdad y no discriminación en la despenalización del aborto | 69 |
| Categoría Sospechosa | 74 |
| CAPÍTULO SEGUNDO: ESTUDIO DE CASO..... | 75 |
| Temática a ser abordada..... | 75 |
| Puntualizaciones metodológicas | 75 |
| Antecedentes del caso concreto | 75 |
| Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador | 101 |
| Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional | 102 |
| Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación con el derecho objeto de análisis | 103 |
| Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional | 106 |
| Análisis crítico a la sentencia constitucional | 109 |
| Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional | 111 |
| Métodos de interpretación | 114 |
| Propuesta personal de solución del caso..... | 116 |
| CONCLUSIONES | 122 |
| BIBLIOGRAFÍA | 124 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|---------------|----|
| Tabla 1..... | 55 |
| Tabla 2..... | 57 |
| Tabla 3..... | 59 |
| Tabla 4..... | 61 |
| Tabla 5..... | 63 |
| Tabla 6..... | 78 |
| Tabla 7..... | 82 |
| Tabla 8..... | 84 |
| Tabla 9..... | 88 |
| Tabla 10..... | 91 |

DEDICATORIA

A mi madre, el motor de mi vida. A la mujer que más admiro en este mundo. Eres la inspiración que me guía y me motiva para ser mejor cada día. Esto es una muestra de que somos hijas de Dios y que el universo nos tiene preparado más cosas bellas.

A mi padre, porque siempre deseo que te sientas orgulloso de mi, mis triunfos te los dedico con mucho cariño y respeto. Te quiero mucho.

A mis abuelitos, Marco y Susi. Que han sido mis guías desde mis primeros pasos.

Mami Susi, su fortaleza y sus amorosos cuidados en mí, es el pilar fundamental para cristalizar sus sueños y los míos.

Un beso al cielo papi Marco, tu niña bonita lo está logrando, como te prometí. Todos mis logros también son para ti.

A Juan Esteban, mi complemento y mi compañero de sueño en esta meta académica. Tú amor y tu forma de querer bonito, también me inspiran a alcanzar mis metas.

A Meli, Luni, Irsa, Reni, Sami, Mile y Dani, las niñas de mi corazón, que sepan que el cielo es el límite, no olviden que las mujeres podemos lograr todo lo que nos proponemos.

A Verito por ser ejemplo de valentía y fortaleza. Por ser una extraordinaria madre, hija, hermana y tía.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Indoamérica por ser el nido de conocimientos que con amor forma a grandes profesionales, en especial a la Coordinadora de la maestría, la Dra Yanet Nápoles, por su apoyo incondicional en esta etapa académica.

Gracias por ser ese ángel que Dios te manda para guiar tu camino.

Extiendo mi profundo agradecimiento al Dr. Milton Rocha, que, con su conocimiento y experiencia, me orientó de forma acertada para culminar con este trabajo de titulación. Le extiendo mi admiración y respeto a usted, por ser un profesor ideal que inspira.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA
UNIDAD DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO, MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO POR VIOLACIÓN EN EL ECUADOR. ANÁLISIS DE SENTENCIA NO. 34-19-IN/21 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

AUTOR: Ab. Melany Samantha Gómez Endara

TUTOR: Ab. Milton Enrique Rocha Pullopaxi, Mg.

RESUMEN EJECUTIVO

En Ecuador rige un modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el cual prima la Constitución y de los derechos constitucionales. El objetivo del estudio fue analizar la sentencia No. 34-19-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE) para un tratamiento jurídico constitucional de la despenalización del aborto por violación. Se aplicó un enfoque cualitativo, método inductivo, histórico – lógico y analítico sintético. La técnica utilizada fue el análisis de caso de la sentencia, determinándose los problemas jurídicos y la apreciación crítica de las decisiones de la Corte. La CCE, aceptó la acción de inconstitucionalidad, que fue resuelta por un caso principal donde se declaró inconstitucional el artículo 150 numeral 2 del COIP, que contenía la frase “que padezca de discapacidad mental” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 150, numeral 2). El artículo impugnado, no cumplía con los requisitos de finalidad, proporcionalidad e idoneidad. La pena impuesta en contra de las mujeres que no padecen de discapacidad mental no garantiza la protección del derecho a la vida, sino vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación, su fin es tratar a todas las mujeres de forma equitativa, todas las personas son iguales antes la ley. Con sustento en los preceptos la propuesta se cimienta en el análisis crítico del voto concurrente, es decir, existente concordancia con la sentencia aprobada, pero es necesario argumentar críticamente acerca de revictimización de las víctimas que han sufrido casos de violación, sobre el derecho de igualdad y no discriminación y el derecho de las mujeres víctimas de violencia sexual a decidir sobre su cuerpo.

DESCRIPTORES: aborto, control constitucional, despenalización, violación.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

Master's Degree in Law with major in Constitutional Law

AUTHOR: GOMEZ ENDARA MELANY SAMANTHA

TUTOR: MG. ROCHA PULLOPAXI MILTON

ABSTRACT

DECRIMINALIZATION OF ABORTION FOR RAPE. ANALYSIS OF SENTENCE No. 34-19-IN/14 OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF ECUADOR.

Ecuador is governed by a model of a Constitutional State of Rights and Justice, in which the Constitution and constitutional rights prevail. The objective of the study was to analyze Sentence No. 34-19-IN/21 of the Constitutional Court of Ecuador (hereinafter, CCE) for a constitutional legal treatment of the decriminalization of abortion for rape. A qualitative approach, and inductive, and synthetic analytical methods were applied. The technique used was the case analysis of the sentence, determining the legal problems and the critical appreciation of the Court's decisions. The CCE accepted the unconstitutionality action, which was resolved by a main case where Article 150 paragraph 2 of the COIP, which contained the phrase "suffering from mental disability" (Integral Criminal Code, 2014, art. 150, paragraph 2) was declared unconstitutional. The contested article did not comply with the requirements of finality, proportionality, and suitability. The penalty imposed against women who do not suffer from mental disability does not guarantee the protection of the right to life but violates the right to equality and non-discrimination. Its purpose is to treat all women equally because all persons are equal before the law. Based on the precepts the proposal is based on the critical analysis of the concurrent vote, that is, existing agreement with the approved sentence; however, it is necessary to argue critically about the re-victimization of victims who have suffered cases of rape, on the right to equality and non-discrimination and the right of women victims of sexual violence to decide on their bodies.

KEYWORDS: abortion, constitutional control, decriminalization, rape



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación tiene como finalidad desarrollar un análisis de caso de la sentencia No. 34-19-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador que trata acerca de declarar la Inconstitucionalidad del artículo 150, inciso 2 del Código Orgánico Integral Penal, con el que se logró alcanzar la despenalización del aborto por violación en el Ecuador.

La presente investigación se justifica para establecer los argumentos jurídicos legales que constituyeron la despenalización del aborto por violación en el contexto ecuatoriano, por ende, se realiza un análisis de la sentencia emitida por la Corte Constitucional, en lo relacionado a la despenalización del aborto en caso de violación, incluyéndose un análisis del principio de igualdad y no discriminación y el derecho a la vida en la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales, que forman parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano. El estudio pretende desarrollar un análisis crítico - argumentativo de las decisiones de la Corte, con una descripción crítica a la problemática desde el contexto de la ley y la jurisprudencia.

El objetivo general del analizar la sentencia No. 34-19-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador para un tratamiento jurídico constitucional de la despenalización del aborto por violación en el Ecuador y formular una propuesta alternativa de sentencia que reúna o responda a los resultados de la investigación, esto a manera de voto concurrente.

Los objetivos específicos considerados en la investigación son los siguientes:

Fundamentar jurídica y doctrinariamente a la igualdad y no discriminación en la legislación internacional y nacional a través del estudio de la sentencia No. 34-19-IN/21 emitida por la Corte Constitucional en torno a la despenalización del aborto en caso de violación.

Identificar las consecuencias jurídicas de la sentencia No. 34-19-IN/21 emitida por la Corte Constitucional acerca de la despenalización del aborto en los casos de violación en el Ecuador.

Establecer el criterio rector motivacional de la sentencia No. 34-19-IN/21y la propuesta con las decisiones tomadas por la Corte Constitucional del Ecuador.

Para cumplir con los objetivos planteados, el estudio del presente trabajo de titulación, se aplicó un enfoque carácter cualitativo porque se fundamenta en el análisis de los hechos fenomenológicos interpretándose manera argumentativa la norma vigente, elaborándose una interpretación de los criterios de diferentes autores, iniciándose con la presentación de un marco teórico que evidencia la Supremacía Constitucional a través del Control de constitucionalidad, el derecho a la igualdad y no discriminación y la despenalización del aborto, que lleva como resultado a un análisis de caso.

Los métodos utilizados para el desarrollo del presente trabajo de titulación son tres, el inductivo aplicado para llegar a una conclusión a partir de la utilización de la técnica de revisión bibliográfica según los planteamientos de un análisis de caso con la sentencia seleccionada que permitió establecer los diferentes criterios argumentativos acerca de la temática abordada (Hernández Sampieri et al., 2000). El método analítico sintético que es utilizado con el objetivo de elaborar un análisis crítico de las decisiones tomadas por la Corte Constitucional del Ecuador desde un contexto constitucional de manera jurídica y doctrinaria presentándose la normativa internacional y los aspectos críticos de esta decisión (Hernández Sampieri et al., 2000). Y el método de análisis de contenido que permite analizar un acto de comunicación oral o escrito de manera objetiva, coherente y sistemática, con el objetivo de discernir su contenido, evaluar su claridad. Importante para realizar valoraciones cualitativas de por ejemplo sentencias (Hernández Sampieri et al., 2000).

La técnica utilizada es un análisis de caso, la cual consiste en seleccionar un hecho o tema específico, detallándose los problemas jurídicos y elaborándose una opinión crítica de los argumentos jurídicos, definiéndose limitaciones, métodos, criterios, motivaciones aplicándose un discernimiento jurídico de la norma constitucional en la cual se fundamenta (Villabella Carlos, 2009).

En el primer capítulo, se detalla los modelos de Estado desde el contexto del derecho y lo constitucional, también se hace una revisión de la supremacía

constitucional, describiéndose los fundamentos del Estado, los tipos de control constitucional en el Ecuador, la penalización del aborto, el el derecho a la igualdad y no discriminación en la despenalización del aborto y el derecho a la igualdad. También se presentó la normativa internacional y nacional acerca de los derechos analizados en la sentencia que dieron sustento a las argumentaciones jurídicas.

En Capítulo Segundo, Estudio de Caso, se detalla los diferentes antecedentes del caso, las argumentaciones jurídicas y constitucionales que la Corte Constitucional del Ecuador acerca de la despenalización del aborto, determinar la acción de inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del COIP. El tratamiento se desarrolló desde el enfoque de un Estado de derechos y justicia, en el marco de la supremacía y control constitucional.

La propuesta detalla de manera analítica la concordancia con la sentencia aprobada, se argumenta el voto concurrente, considerándose necesario enfatizar de forma argumentativa según el derecho internacional y nacional el derecho a la igualdad y no discriminación, la revictimización de las víctimas de violación y el derecho a las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo.

CAPÍTULO PRIMERO: MARCO TEÓRICO

Principio de Supremacía Constitucional en el Estado Constitucional de Derechos y Justicia

En el presente capítulo, se consideraron tres temas importantes que tienen que ver con el control de constitucionalidad. En primer lugar, se analizará los dos modelos de Estado tradicionales en el ámbito del Derecho, el primero el modelo de Estado de Derecho y el segundo, el modelo de Estado Constitucional de Derechos. Y, consecuencia de ello, se analizará acerca del modelo de Estado que rige en nuestro país, el cual es el modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia. El propósito del ítem es comprender cómo se generó el cambio entre el imperio de la legalidad, es decir un modelo de Estado de Derecho frente al imperio constitucional de las normas, conocido como el modelo de Estado Constitucional de Derecho. Y, en consecuencia, entender las características del modelo de Estado que rige en nuestro país que es el modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Estado Constitucional de Derechos y Justicia

Como ya se lo ha mencionado, para entender el modelo de Estado que rige en nuestro país, es decir el modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, es importante entender los modelos de Estado existentes. El modelo de Estado de Derecho y el modelo de Estado Constitucional de Derecho. El primero que refiere el imperio de la ley, mientras el otro destaca el imperio de la Constitución; lo cuales se desarrollarán a continuación.

Modelos de Estado

Los modelos de Estado son importantes para todos los países del Sistema Internacional, ya que, gracias a la existencia de los modelos de Estado, se puede identificar la forma de gobierno de los países, los límites del poder estatal y la configuración de cada una de sus normas. Los modelos de Estado tienden a

encontrarse en la Norma suprema de cada país. Dentro del estudio del Derecho, se ha podido identificar dos modelos de Estado: modelo de Estado de Derecho y modelo de Estado Constitucional de Derecho (Ávila Santamaría, 2009a; Rocha & López, 2022).

En el Ecuador, con la vigencia de la Constitución del 2008, se contempló un modelo de Estado de Derecho denominado “Estado Constitucional de Derechos y Justicia” y para entender cuál es su significado y la aplicación del modelo de Estado en el Ecuador, es importante analizar antes los modelos de Estado de Derecho y modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Estado de Derecho

El tratadista Villar Borda, explica que el modelo de Estado de Derecho nace en Alemania en los siglos XVIII y XIX. Este modelo tiene un origen liberal el cual trata de imponer un Estado respetuoso de la ley y de las libertades del ciudadano al despotismo del Estado absolutista (Villar, 2007).

Villar Borda, indica que la tarea de este modelo de Estado de Derecho consiste en el aseguramiento de la libertad y propiedad del ciudadano. El autor explica que el objeto de este modelo de Estado se basa en la promoción del bienestar del individuo y, de esa manera, conformar su carácter como “ente común” (Villar, 2007).

El autor Luigi Ferrajoli para explicar sobre el modelo Estado de Derecho lo hace desde dos perspectivas, el Estado de Derecho desde un sentido formal y en sentido sustancial. En el primer caso, explica que el Estado de Derecho se refiere a “cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos” (Ferrajoli, 2021).

Ferrajoli explica además que el modelo de Estado de Derecho en sentido formal contempla el termino alemán conocido como “Rechtsstaat” en el que se entiende que son Estados de Derecho todos los Estados que contemplan ordenamientos jurídicos en los cuales los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal (Ferrajoli, 2021).

Mientras que, en sentido sustancial, el modelo de Estado de Derecho se refiere al imperio de la legalidad, en el cual los Estados, en los que en su ordenamiento jurídico se contempla la idea de “que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales” (Ferrajoli, 2021).

En términos generales, el modelo de Estado de Derecho es un modelo de Estado en el cual el poder estatal debe ejercerse en base a un marco legal, respetando los derechos y libertades de los ciudadanos y sujetándose a un sistema de control y equilibrio de poderes que garantice la justicia, la igualdad y la protección de los derechos fundamentales. Este modelo de Estado de Derecho, que prima desde el siglo XVIII, se destaca porque en los Estados del Sistema Internacional que aplican este modelo de Estado, prevalece el imperio de la ley.

Estado Constitucional de Derecho

García Pelayo (1991) manifiesta que, la existencia de una Jurisdicción Constitucional, dentro de un sistema jurídico-político, significa la transformación del Estado legal de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho, en el que rige el imperio de la Constitución.

Recordemos que, el Estado de Derecho se caracteriza por el principio de legalidad, es decir por la afirmación de la primacía de la ley, sobre los restantes actos del Estado hecha efectiva por el funcionamiento de unos tribunales destinados a garantizar la legalidad de la acción de la administración legal (García Pelayo, 1991).

Mientras que, el Estado constitucional de Derecho se caracteriza por el principio de constitucionalidad, es decir, por la primacía de la Constitución sobre la ley y por el funcionamiento de una jurisdicción que entienda de la constitucionalidad de los actos del Estado, incluida la propia ley. Lo manifestado se entiende y se identifica como el imperio de la Constitución (García Pelayo, 1991).

Ya que se ha abordado sobre el Estado de Derecho (primacía de la ley) y el Estado de Derecho Constitucional (primacía de la Constitución), es importante

analizar lo que significa el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, que se encuentra vigente en la Norma suprema del Ecuador.

Estado Constitucional de Derechos y Justicia

Este modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia se encuentra en el primer inciso del artículo 1 de la Constitución ecuatoriana el cual establece lo siguiente: “Art 1.- El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Ramio Ávila Santamaría explica de una manera precisa sobre el vigente modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia que se adopta en nuestra Constitución ecuatoriana. El autor menciona que podríamos pensar que, al momento de redactar sobre el mencionado modelo de Estado, existió un error de codificación en el texto constitucional y que se agregó una “s” demás; sin embargo, el autor explica que no existe dentro del estudio del Derecho Constitucional comparado, algún Estado que cualifique como su modelo de Estado como “de Derechos” (Ávila Santamaría, 2009). Desde otro punto de vista, el autor explica que podría darse a entender que, los constituyentes ecuatorianos, inventaron un calificativo que no existe en la teoría del Derecho.

Ávila explica que, el concepto de Estado Constitucional de Derechos y Justicia es una concepción nueva del modelo de Estado y que se puede entender este modelo “desde dos perspectivas: la pluralidad jurídica y la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución para la organización del Estado” (Ávila Santamaría, 2009).

Al hablar de la pluralidad jurídica, Ramiro Ávila explica que, en un modelo de Estado Constitucional de Derechos, los sistemas jurídicos y las fuentes se diversifican y se crean nuevos escenarios, ya que la ley no es la única fuente del derecho (Ávila Santamaría, 2009).

Es así que, estos escenarios de los que habla el autor, se resumen en 5, estos son: 1) la autoridad que ejerce competencia constitucional y crea normas con carácter de ley, es decir precedente nacional; 2) las instancias internacionales que

dictan sentencias de carácter general y que son obligatorias, es decir precedente internacional; 3) el ejecutivo difunde políticas públicas que contemplan fuerza de ley, es decir actos administrativos de carácter general y obligatorio; 4) las comunidades indígenas que sostienen normas, métodos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia; y por último, 5) la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos (Ávila Santamaría, 2009a).

Acerca de la importancia de los derechos reconocidos en la Constitución, el autor explica que “el fin del Estado, es el reconocimiento, la promoción y la garantía de los derechos constitucionales establecidos” (Ávila Santamaría, 2009). Cuando se habla de un Estado de derechos, el autor sostiene que se está redefiniendo la centralidad de los derechos de las personas sobre el Estado y la ley. Ya que,

los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza, la justicia como resultado de las decisiones de los órganos públicos y de los particulares, la Constitución como parámetro de referencia y fuente de obligaciones, determinan la naturaleza del Estado y de las relaciones sociales y políticas. (Ávila Santamaría, 2009a)

Es decir, los derechos juegan un rol importante en la Constitución del Ecuador de 2008, es por eso por lo que hay que tomar en cuenta tres aspectos importantes:

1) El Estado se encuentra sometido a los derechos, como lo determina el artículo 3.1 el cual establece que: “es deber primordial del Estado garantizar el efectivo goce de los derechos” (Ávila Santamaría, 2009a).

2) El derecho sometido a los derechos, como lo determina el art. 84, el cual establece que: “En ningún caso las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos” (Ávila Santamaría, 2009a).

3) “El Estado no es ya el destinatario exclusivo de las obligaciones, sino que lo es cualquier ente, persona o colectividad que tiene relación de poder con otra” (Ávila Santamaría, 2009). Y esto se puede plasmar en la posibilidad que habilita la Constitución del Ecuador en plantear una Acción de Protección de derechos en

particulares, al momento en que se violen los derechos fundamentales (Ávila Santamaría, 2009a).

Además, acerca de rol protagónico que tienen los derechos en la Constitución del Ecuador de 2008, frente a este nuevo modelo de Estado, el autor añade que en el “Estado de Derechos y Justicia” los derechos son creaciones y reivindicaciones históricas, que se contemplan en una jerarquía superior que limitan a todos los poderes del Estado, incluyendo el constituyente (Ávila Santamaría, 2008).

De manera concluyente, para Ávila Santamaría (2009b) el Estado Constitucional de Derechos y Justicia, constituye una ventaja del Estado social de derechos. Se podría discurrir que la acepción del Estado Constitucional es idónea para la comprensión de los derechos de los ciudadanos, puesto que las Constituciones contemporáneas tienen una finalidad material. Pero al hacer hincapié en los derechos se destaca la relevancia de la parte orgánica y también se afirma que puede existir un Estado Constitucional, pero sin distinguir la pluralidad jurídica.

Puchaicela & Torres (2019) detallan que el modelo de Estado de Derecho o Estado Constitucional instaurado, aunque haya sido heredado en un contexto europeo, se ha adaptado al ámbito latinoamericano y nuevas connotaciones específicas, mucho más en el Ecuador, en dónde se introducen ciertas características que se proponen insertar una respuesta eficaz a los problemas nacionales. Los componentes que se adicionan prefieren a la incursión en el modelo de democracia participativa y constitucionalización de los Derechos Humanos en el derecho interno, el fortalecimiento de la función judicial, el crecimiento de los mecanismos garantes de derechos constitucionales y reconocimiento de la pluralidad y multiculturalidad.

Otra de las características que se derivan de este modelo Constitucional es acerca del sistema de garantías y la posibilidad de un mayor alcance de la exigibilidad de los derechos fundamentales de los ciudadanos, que se desarrolla a través de una doble dimensión colectiva e individual, de manera constitucional se reconoce una serie de colectivos y grupos sociales, según esta doble dimensión la

reivindicación individual de un derecho se hace extensible a los colectivos sociales y viceversa (Ávila, 2009, p. 69).

Por ende, se puede referir que, el Estado Constitucional de Derechos y Justicia es un modelo de Estado, que promueve el respeto a los derechos fundamentales y la igualdad ante la ley, lo cual conlleva a que los mismos sean apreciados como base para el desarrollo y la consolidación de una sociedad democrática y equitativa.

Supremacía Constitucional

Tras abarcar el modelo de Estado de Derechos y Justicia, es importante contrastar el modelo de Estado con el principio de Supremacía Constitucional. El principio de Supremacía Constitucional supone que, la Constitución, rige por sobre todas las normas legales de los Estados, siendo así la Constitución la norma suprema en la que se encuentran los derechos fundamentales de cada ciudadano. Por ende, el deber que tiene el Estado por garantizar el pleno goce de esos derechos es indispensable para el ejercicio democrático.

La importancia del estudio de la Supremacía Constitucional es que sin ella no se puede entender lo que implica el control de constitucionalidad. La finalidad del control de constitucionalidad es garantizar el principio de Supremacía Constitucional, frente a la falta de armonía del marco normativo que atente contra la Constitución y los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad.

Por esa razón, el Control constitucional que se configura una herramienta que tiene como fin guardar armonía de las normas con la Constitución, no puede ser entendido y analizado si se ignora el principio de Supremacía Constitucional.

El principio de Supremacía Constitucional nace de la estructura jerárquica del ordenamiento jurídico, es decir con la pirámide de Hans Kelsen, en la cual se contemplan normas en diferentes niveles. En esta pirámide, se contempla a la Constitución en el más alto nivel, considerándola como Norma suprema y fundamental del ordenamiento jurídico (Moreno, 2020).

Es importante considerar el origen de la Supremacía Constitucional en el Derecho. Según Jorge A. Amaya, las primeras apariciones de la Supremacía Constitucional pueden localizarse desde el iusnaturalismo racionalista, con la idea de que existe un derecho “superior”. Este derecho superior, puede referirse al *common law*, que nació desde el sistema anglosajón; el *common law* se sitúa como un derecho superior, frente a las leyes que para en ese entonces eran conocidas como “statutes” y las cuales estaban subordinadas a este derecho superior (Amaya, 2017).

Es con el famoso caso *Bonham*, que la Supremacía Constitucional va tomando fuerza. En 1610, el juez Coke, promovió a que las leyes contrarias al *common law* deban ser anuladas, dejando en claro la superioridad del derecho común como semejante al derecho natural (Amaya, 2017).

De igual forma, la Supremacía Constitucional, apareció, a finales del siglo XVII, con la promulgación de la famosa obra denominada “El federalista”, en la cual, los padres del constitucionalismo estadounidense precisaron el principio de la constitución como norma jurídica fundamental del ordenamiento jurídico del Estado (Amaya, 2017).

Casado, señala además que, otra consideración de la Supremacía Constitucional se da con el caso histórico de *Marbury vs Madison* de 1803; en el que se defendió la Supremacía Constitucional y que con ello se obligó al tribunal a declarar nulas las leyes federales contrarias a la Constitución. Es importante considerar que, fue allí donde nació la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes, conocida como la *Judicial Review* (Vila Casado, 2021).

Más allá de su nacimiento y primeras apariciones en caso emblemáticos del Derecho, es importante tomar en cuenta que la Supremacía Constitucional, prima en la actualidad en los Estados del Sistema Internacional. Por lo tanto, es importante tener claro la definición sobre el principio de Supremacía Constitucional.

Según Bidart Campos, la Supremacía Constitucional refiere que la Constitución es la fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal. Es decir, que la Constitución dispone cuál es el orden jerárquico de las normas y la misma se

encuentra situada al mismo nivel que el derecho internacional (Bidart Campos, 1996).

Lo que el autor aspiró a instruir es que, la gradación jerárquica que se escalona en planos distintos refiere a que las normas jurídicas que se encuentran a un nivel más alto subordinan a los inferiores, pero tomando en cuenta que todos los órdenes jerárquicos están subordinados por la Constitución.

Por otro lado, autores como Adolfo Gabino Ziulu, consideran a la Supremacía Constitucional como un principio básico del ordenamiento constitucional. Pues él manifiesta que la Supremacía Constitucional es uno de los principios básicos en que se asienta el orden constitucional. Esto implica reconocer a la Constitución como norma fundamental de un Estado, es decir, reconocer a la Constitución como norma superior (Ziulu, 1997).

Es así que, al referirnos a Supremacía Constitucional, reconocemos que la Constitución es la ley fundamental del Estado, ya que representa la base sobre la cual se asienta toda la estructura política y jurídica de él. Y además, la Constitución es suprema porque ella está por encima de todas las demás normas jurídicas que constituyen el ordenamiento del Estado (Ziulu, 1997).

Sin embargo, tomando en cuenta lo que es la Supremacía Constitucional, es importante también tomar en cuenta que la esencia de cada Constitución se fortalece con lo que se ponga en práctica y no quede meramente en letra muerta; como lo señala, Ziulu. El autor indica que para que surja la esencia de la Constitución en el marco de la Supremacía Constitucional, es necesario que haya una verdadera Constitución en sentido sustancial y no meramente exclamativo; ya que la esencia de la Constitución, se basa en tutelar de manera concreta y eficaz la libertad y la dignidad del hombre y ella no puede servir para menoscabarlas o suprimirlas (Ziulu, 1997).

Las concepciones y definiciones acerca de la Supremacía Constitucional plantean sus aspectos críticos. Rosario-Rodríguez manifiesta que:

La Supremacía de la Constitución como ente material ha logrado la protección progresiva de los principios y derechos fundamentales, aunque

estos no fuesen reconocidos de manera explícita por la ley fundamental, que han beneficiado a la ciudadanía en es su gran mayoría (2011).

Para conceptualizarlo y captarlo de mejor forma, es importante destacar lo que dicta nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano en la Constitución, precisamente en el artículo 424 se puntualiza que es la “Norma suprema y que la misma prevalece sobre cualquier ordenamiento jurídico” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Al considerarse los antecedentes de la Supremacía Constitucional en el Ecuador, Intriago & Molina (2023) detallan que la Constitución del 2008 estableció el neoconstitucionalismo garantista y se introduce el denominado Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, en el cual se produce un cambio de paradigma, que es la Supremacía de la Constitución, por lo cual, los derechos humanos doblagan a la ley, deben preservar el núcleo duro de los derechos y su carácter esencial.

Para abarcar y definir con más claridad el tema, es necesario considerar los principios constitucionales. Para Redrobán Barreto (2021), los principios constitucionales han servido de apoyo a un nuevo paradigma constitucional, los cuales se determinan en la Constitución del Ecuador del 2008, entre ellos el principio de Supremacía Constitucional, este es considerado como el que prevalece sobre cualquier otro principio del ordenamiento jurídico nacional, el cual es característico de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en la cual todos los ciudadanos deben someterse a la Constitución vigente.

Según Intriago & Molina (2023), el principio de Supremacía Constitucional establece que la Constitución es la Norma Suprema, que predomina sobre cualquier otro ordenamiento jurídico. Las disposiciones normativas y los actos del poder público deberán tener conformidad con las disposiciones constitucionales, porque caso contrario carecerán de eficacia jurídica. El principio es característico de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, en el cual las autoridades públicas deben someterse a la Constitución del Ecuador, porque la misma, otorga validez jurídica a las diferentes disposiciones normativas que el operador jurídico aplica y razón por la que valida su actuación dentro de un Estado constitucional, los

derechos identificados en la norma constitucional cumplen doble función, es decir, la de fundamento y el límite en la actuación de los poderes públicos.

También, Rosario-Rodríguez (2011) indica que la Supremacía Constitucional es un concepto indeterminado, puesto que conlleva y deriva en diferentes acepciones, para establecer su naturaleza, es necesario, indicar en primer lugar sus alcances y bajo que parámetros se entiende. El principio de Supremacía nace a la par de la consolidación de la Constitución como norma rectora, aunque desde la antigüedad, esto involucraba un orden rector de carácter superior, pero con la consolidación del constitucionalismo, es que al principio de Supremacía se adhiere como un aspecto consustancial a la norma fundamental.

Al considerar los criterios de los autores, el principio de Supremacía Constitucional es aquel que corresponde a la noción de democracia, que supone legalidad y estabilidad jurídica; puesto que la norma que no esté relacionada con la Constitución se considera inconstitucional, los organismos gubernamentales solo pueden actuar en el ámbito que la norma suprema les señale. Ninguna normativa o ley puede restringir los derechos y garantías consagrados en la Constitución del Ecuador.

El control de constitucionalidad

Ya que se ha estudiado sobre el modelo de Estado que rige en nuestro país y la importancia del principio de Supremacía Constitucional, ahora se tratará el control de constitucionalidad.

A manera de preámbulo, para el estudio del control constitucional, es importante considerar que, este tipo de control se presenta como una herramienta para garantizar el principio de constitucionalidad entre las normas legales y la Norma suprema.

Además, esta herramienta es la protectora de la Constitución que, a través del órgano competente, garantizan los derechos fundamentales amparados por la Constitución, de los ciudadanos.

El control de constitucionalidad puede ser empleado por el órgano competente, es decir el Tribunal Constitucional, frente a las diferentes garantías jurisdiccionales reconocidas en la Norma suprema, como por ejemplo en el presente caso de análisis, que se estudia una Acción de Inconstitucionalidad.

Sin embargo, antes de entrar de lleno al estudio del presente caso, es preciso continuar con el estudio del control constitucional.

La teoría del control constitucional aparece para desconcentrar el poder de los Estados y ha sido considerado como un tipo de garantía constitucional, es decir que la misma pertenece precisamente sólo para controlar la Constitución y los entes a los que la Norma suprema se debe.

Dentro del control de constitucionalidad, el constituyente diseñó esta garantía a fin de asegurar la Supremacía de la Constitución frente a las demás normas infra constitucionales del ordenamiento jurídico. De este modo se otorga un poder especial a la Constitución para prevalecer en el tiempo y contexto histórico como una norma suprema y no simplemente como letra muerta.

El autor Ziulu, manifiesta que, al tratar de Supremacía Constitucional es importante tomar en cuenta que es un principio; el cual se convertiría en un principio meramente retórico sino dependería de un instrumento eficaz y suficiente para resguardar los posibles ataques que pudiera surgir. Esta tutela que acompaña a la Supremacía Constitucional, se la puede conseguir a través del control de constitucionalidad, que, es considerado el régimen con el cual se asegura la Supremacía Constitucional (Ziulu, 1997).

Ahora bien, Camilo Velásquez, ofrece un concepto importante para definir el control de constitucionalidad, manifiesta que se trata de “un mecanismo orientado a garantizar e imponer la superioridad de la norma constitucional” (Velásquez Turbay, 2008).

Además, este control tiene como objetivo principal garantizar la Supremacía de la Constitución como la norma fundamental de un país y proteger los derechos y libertades de los ciudadanos. Cuando se encuentra una discrepancia entre una ley o acto gubernamental y la Constitución, el órgano encargado del control de constitucionalidad puede declarar la inconstitucionalidad de la norma o acción en cuestión, lo que implica que dicha norma no tiene validez legal y no puede ser aplicada.

En el Ecuador, el control de constitucionalidad supone el ejercicio democrático primordial que involucra la participación de los ciudadanos, de las

instituciones públicas y estatales que componen el poder público del Estado y que tienen el deber de aplicar y garantizar el principio básico de ser un Estado Constitucional de “Derechos y Justicia”.

Por lo citado, podemos describir que el control de constitucionalidad es una herramienta que tienen como objeto evaluar y revisar si las leyes, actos normativos u acciones de carácter gubernamental, tienen apego o no, con la Norma suprema de un país.

Para comprender de mejor forma lo que se entiende por control de constitucionalidad, en el presente capítulo se analizará sobre su clasificación, los cuales son dos y son conocidos como modelos de control constitucional: Difuso y Concentrado, de los cuales se analiza como emplean los jueces constitucionales el control de constitucionalidad frente al marco jurídico.

Además, se analizará sobre las formas de control constitucional que existen, que son dos: concreto y abstracto. Estas formas y modelos de control constitucional se los analizará en el siguiente capítulo, ya que es importante para complementar con el estudio de la Supremacía Constitucional.

Modelos de control de constitucionalidad

Difuso

En la obra Curso de Derecho Constitucional de Javier Pérez Royo, el tratadista explica que este modelo de control judicial fue aplicado en Estados Unidos, cuando no existía normativa que regule precisamente cuestiones en base a la constitucionalidad. Es así como, en 1803 aparece el tan conocido caso de *Marbury vs Madison*, en el que se creó un precepto esencial para aplicar a cuestiones de conflicto de derecho que se generen y las mismas se puedan resolver en torno a la inaplicación de una ley por ser contraria a la Constitución (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010).

Dentro de la sentencia emitida por el tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica al decir de Pérez Royo, se argumentaron tres pasos lógicos importantes, los cuales son los siguientes:

1. La Constitución de los Estados Unidos, propone un sistema de competencia, que contempla tanto a los órganos supremos federales como a la Federación y los Estados que le integran. Por ello, la Constitución no puede procurar algo distinto, sino que el sistema de competencias sea respetado por todos los poderes constituidos, tanto a nivel federal como estatal. Puesto que, si el poder legislativo tuviera la potestad de modificar dicho sistema de competencias a su antojo, el diseño constitucional no podría mantenerse. Lo que refiere que la Constitución tiene que estar por encima de todos los poderes, incluido el poder legislativo federal (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010).

2. “La misión de los jueces es únicamente la de aplicar la ley correspondiente a cada caso” (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010). Ahora bien, con respecto a la existencia de dos leyes aplicables al caso, entre las que exista contradicción entre sí (antinomía jurídica), el juez tendrá que optar por una de ellas (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010).

3. Si una de estas leyes es la Constitución, el juez “no puede tomar ninguna otra decisión que no sea la de dar preferencia a la Constitución sobre cualquier otra norma” (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010).

Según el autor Carías, afirma que el juez Marshall en el caso ya mencionado de *Marbury vs Madison* de 1803, alegó que todos los jueces y todos los tribunales deben decidir sobre los casos concretos que les son sometidos “de conformidad con la Constitución, desistiendo de la ley inconstitucional”, lo que él ha reconocido como “la verdadera esencia del deber judicial” (Brewer Carías, 2013).

El autor, explica que en este tipo de control de constitucionalidad, el papel lo tienen todos los tribunales y no sólo uno en particular; este control no debe entenderse sólo como un poder, sino como el deber que tienen los Tribunales Constitucionales para decidir sobre la conformidad de las leyes frente a la Constitución e implicándolas cuando sea necesario (Brewer Carías, 2013).

Este tipo de control es también conocido como el control incidental de Constitucionalidad, en el que se entiende que la solución de cualquier litigio puede exigir al juez que declare la inconstitucionalidad de una norma legal; o a su vez que, cuando una norma legal sea contraria a la Constitución, un juez de instancia o de

un tribunal, podrían dejar de aplicar alguna determinada regla por considerarla inconstitucional (Guilherme Marinoni, 2014).

Los autores Masapanta, Storini y Guerra, van más atrás en la historia y manifiestan que el origen del control constitucional se sitúa desde el derecho anglosajón, es decir años antes del origen del caso de Marbury versus Madison. En el derecho anglosajón, aparece por primera vez el “judicial review”, el cual fue adoptado en 1610 por Edward Coke, quien inaplicó una ley que contravenía los derechos inmiscuidos del common law; creando de esta manera, la oportunidad de que los jueces puedan tomar el control de ciertas leyes que se contrapongan a los principios y a la razón (Storini et al., 2022).

El control difuso, según los autores, Masapanta, Storini y Guerra, se entiende como la facultad y responsabilidad que tienen los jueces de controlar la constitucionalidad de las normas (Storini et al., 2022).

Para Navarro y Blanco, este control refiere a la dinámica aplicada por parte de jueces y las autoridades, ya que los mismos se encargan de delimitar y excluir la aplicación de una ley si en el análisis de un caso en concreto se evidencia que la misma va en contra de los preceptos constitucionales. Es así como aparece esta herramienta jurídica para que los operadores de justicia motiven su decisión en torno a la interpretación constitucional exclusivamente (Blanco Blanco & Téllez Navarro, 2021).

Es así como, el control difuso de Constitucionalidad es el mecanismo en el cual, recae la responsabilidad que tienen los jueces constitucionales para aplicar los preceptos de la Constitución por sobre la norma legal que sean contrarios a principios consagrados en la Norma suprema. Además, es importante reconocer que este tipo de control refiere la tarea cotidiana y rutinaria que los jueces y tribunales constitucionales.

Concentrado

El tratadista Javier Pérez Royo en su obra Curso de Derecho Constitucional, manifiesta que el control concentrado de Constitucionalidad nace en Europa y al momento del surgimiento la Revolución Francesa, como una figura del nuevo orden del ámbito político y jurídico de la historia. Al momento de implementarlo al mundo

jurídico, una de las principales características otorgadas a este control de constitucionalidad fue, que no se les concedió el control a los poderes tradicionales del Estado, sino que este control de constitucionalidad se lo atribuyó a nuevos Tribunales que tenían la característica de ser constitucionales. Por lo que, este control europeo es conocido como el Control Concentrado de Constitucionalidad ya que los Tribunales Constitucionales tienen el monopolio del Control de constitucionalidad de la ley y el ordenamiento jurídico (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010).

Este control de constitucionalidad también es conocido como el sistema austriaco, porque fue aplicado por primera vez con la Constitución austriaca de 1920; y se difundió a países de la Europa continental como Alemania, España e Italia y poco a poco fue llegando hacia la mayoría de los países latinoamericanos, cómo lo menciona Gómez. La idea es que el control de constitucionalidad se concentra en un ente especializado, el mismo que es ajeno a los tres poderes tradicionales del Estado (Gómez Villavicencio, 2022a).

Para Téllez y Blanco, el control concentrado de constitucionalidad se enmarca en conceder exclusivamente a un solo tribunal la protección de la Constitución y tiene como objeto, impedir interpretaciones dualistas sobre la aplicación e interpretación de los preceptos constitucionales dentro del ordenamiento jurídico; es así como con el modelo de control concentrado el Estado se somete a la ley fundamental como instrumento único (Blanco Blanco & Téllez Navarro, 2021).

El autor Carías Allan refiere que el control concentrado de Constitucionalidad, se caracteriza por la particularidad de que el ordenamiento constitucional, confiere a un solo órgano estatal el poder de actuar como un solo órgano estatal y que el mismo tiene la potestad para decidir sobre la nulidad por inconstitucionalidad de los actos legislativos y otros actos del Estado con similar valor a las leyes (Brewer Carías, 2013).

Javier Pérez Royo, ha mencionado importantes características de este modelo de control, y uno de las primordiales es entender que, los Tribunales

Constitucionales solo pueden actuar a petición de parte ya que es así como la justicia constitucional se enfrenta al Estado (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010).

Entendiendo de esta manera que la legitimación que se tiene para actuar frente a un tribunal constitucional es muy limitada. Tanto así que los ciudadanos no pueden acceder a ella de forma directa y para recurrir a esta instancia Constitucional, Pérez Royo explica sobre el modelo de control concreto y Abstracto. Estos modelos surgen de la forma de recurrir al mismo. El control abstracto tiene como único objeto, conocer si la ley es constitucional o no, referente a un caso en específico. Mientras que, el control concreto se refiere a que el juez es quien puede acudir a los Tribunales Constitucionales taxativamente si entra en tela de duda la aplicación de una ley en marco a la constitucionalidad de la misma (Pérez Royo & Carrasco Durán, 2010).

Formas de control de constitucionalidad

Control concreto

Para Zambrano-Moran et al., el control de constitucionalidad puede efectuarse a través de: “diferentes modalidades: a priori, es decir, antes de la promulgación de la norma de un tratado; a posteriori, cuando la ley está aprobada, a su vez puede considerarse como concreto o abstracto” (2022).

El control concreto de constitucionalidad, al decir de Blanco y Téllez, se caracteriza por la facultad que tienen los jueces constitucionales de examinar la posible vulneración de los derechos fundamentales de las personas; misma facultad que tienen para prevenir y corregir las vulneraciones alegadas, ya que se fundamenta esencialmente en que los jueces tienen a la norma constitucional como norma preponderante (Blanco Blanco & Téllez Navarro, 2021).

Zambrano-Moran et al., define lo concreto como “aquel va dirigido a un caso judicial específico, por ejemplo, cuando un operador de justicia no aplica el precepto legal porque es su opinión la norma es inconstitucional” (2022).

“El control concreto tiene como finalidad garantizar la constitucionalidad de la aplicación de las disposiciones jurídicas dentro de los procesos judiciales”

(Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, 2009, art. 141), Este es caracterizado como un control represivo, es decir, ex – post facto, que se efectúa después que la norma haya entrado en vigencia.

Al respecto, la Constitución de la República establece:

Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma (Constitución de la República, 2008, art. 428).

Según Gómez Villavicencio (2022b) al desarrollar un análisis integral, a partir de la disposición constitucional se infiere que el control concreto de las normas se efectúa de manera concentrada, por parte de una institución central y organizada como la Corte Constitucional del Ecuador. El juez de una causa no puede articularse sobre la pretendida inconstitucionalidad de la norma que se evoca durante el proceso, sino que se debe formular la cuestión de inconstitucionalidad a la Corte Constitucional para que lo realice.

El procedimiento de su aplicación es indicado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional que dispone:

Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, 2009, art. 142).

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, solo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, 2009, art. 142).

Suczhañay et al. (2020) plantea que según lo establecido en el segundo inciso del artículo citado, parece apartarse de lo determinado con relación al control concreto de constitucionalidad. La Constitución manifiesta que en todos los casos en los que un juez considera que una normativa jurídica, llega a ser contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que determinen derechos más favorables, es obligatorio la suspensión de la tramitación de la causa y expedir en consulta el expediente a la Corte Constitucional. En contrapuesta, acorde a la disposición legal citada, solo si existiese una duda razonable y motivada de que una ley es contraria a la Constitución del Ecuador o a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que disponga derechos más favorables, el juez debe suspender la tramitación de la causa y enviar una consulta a la Corte.

La expresión mencionada de duda razonable y motivada, tienen como fin evitar que los jueces distraigan a la Corte con consultas que carecen de motivación, pero no se introduce un control concreto difuso, contrario a lo establecido en la Norma suprema, que instituye de manera diáfana un sistema de control

constitucional concreto concentrado. Al referirse como concentrado, Zambrano-Moran et al. (2022) expresa que es cuando lo ejerce solo un órgano de control.

Un elemento adicional que se debe considerar son los efectos del control de constitucionalidad, que la ley establece lo siguiente:

1. “Cuando se pronuncie sobre la compatibilidad de la disposición jurídica en cuestión con las normas constitucionales, el fallo tendrá los mismos efectos de las sentencias en el control abstracto de constitucionalidad” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, 2009, art. 143).
2. Cuando se pronuncie únicamente sobre la constitucionalidad de la aplicación de la disposición jurídica, el fallo tendrá efectos entre las partes y para casos análogos. Para tal efecto, se deberá definir con precisión el supuesto fáctico objeto de la decisión, para que hacia el futuro las mismas hipótesis de hecho tengan la misma solución jurídica, sin perjuicio de que otras hipótesis produzcan el mismo resultado. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, 2009, art. 143).

En el primer ítem, el efecto es el denominado como erga omnes, mientras que el segundo es el llamado inter-partes.

control abstracto

Este control de constitucionalidad surge para examinar la correlación del ordenamiento jurídico con el contenido de la Constitución y sus efectos erga omnes, es por eso por lo que, dentro de este poder abstracto los ciudadanos tienen la posibilidad de interponer acciones públicas en defensa de la Supremacía Constitucional o, que sea el propio órgano constitucional que realice el control directo del efecto (Téllez & Blanco, 2021).

La normativa vigente del Ecuador define el tipo de control abstracto de la siguiente manera:

Tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y control constitucional, 2009, art. 74).

En otras palabras, Quiróz y Peña nos explican que, el Control Abstracto de Constitucionalidad es aplicable cuando se somete a juzgamiento del órgano constitucional de control, una norma que esté desprendida de un caso en concreto, como por ejemplo cuando estos órganos constitucionales de control, conocen una demanda de inconstitucionalidad (Quiroz Cristian, 2016).

Este control tiene por objeto garantizar que la producción normativa de un Estado siempre esté acorde a los preceptos constitucionales, sin la necesidad de crear supuestos de hecho en concreto. Este control es conocido por “estar en contra de la norma” por lo que los efectos que se derivan de su ejercicio son erga omnes (Storini et al., 2022).

La ley vigente establece una serie de principios que rigen este tipo de control los cuales se resumen a continuación: 1. Control integral; 2. Presunción de constitucionalidad de las disposiciones jurídicas; 3. In dubio pro legislatore; 4. Permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico; 5. Interpretación conforme; 6. Declaratoria de inconstitucionalidad como último recurso; 7. Instrumentalidad de las normas y procedimientos; 8. Control constitucional de las normas derogadas; y 9. Configuración de la unidad normativa (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009, art. 76).

La acción pública de inconstitucionalidad es un avance en la actualidad, está puede ser propuesta por cualquier ciudadano en términos de participación ciudadano, esto no era posible en la Constitución del año 1998, que restringía a las autoridades de las funciones del Estado de esa época. Los avances en el Ecuador han sido significativos en cuanto al tema, sobre todo al considerarse la vulneración de los derechos humanos reconocidos en la Constitución.

Los efectos de estas sentencias de acción de inconstitucionalidad son erga omnes, por regla general, *ex nunc*, pudiendo excepcionalmente ser *ex tunc* e incluso *vacatio sententiae*. En cuanto a los efectos de control de constitucionalidad la norma vigente establece lo siguiente acerca de las sentencias dictadas sobre las acciones públicas inconstitucionalidad:

1. “Ninguna autoridad podrá aplicar el contenido de la disposición jurídica declarada inconstitucional por razones de fondo, mientras subsista el fundamento de la sentencia” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009, art. 96).
2. “Cuando la sentencia que desecha la demanda de inconstitucionalidad ha estado precedida de control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado, mientras subsista el fundamento de la sentencia” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009, art. 96).
3. “Cuando la sentencia no ha estado precedida de un control integral, no se podrán formular nuevas demandas de inconstitucionalidad contra el precepto acusado con fundamento en los cargos analizados en la sentencia, mientras subsista el fundamento del juicio de constitucionalidad” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009, art. 96).
4. Las sentencias producen efectos generales hacia el futuro. De manera excepcional se podrán diferir o retrotraer los efectos de las sentencias, cuando sea indispensable para preservar la fuerza normativa y superioridad jerárquica de las normas constitucionales, y la plena vigencia de los

derechos constitucionales (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009, art. 96).

El control de constitucionalidad en el Ecuador

Para abordar este tema, es necesario retroceder en el tiempo y entender un poco acerca del contexto político e histórico que ha absorbido al Ecuador. Es importante tomar en cuenta que, Ecuador, desde la creación del Estado ecuatoriano, ha realizado cambios sustanciales respecto a su Norma suprema. Son veinte las Constituciones que se han desarrollado desde la conformación de la República del Ecuador de 1830 hasta la actual Constitución de Montecristi de 2008 (Castro, 2021).

Tomando en cuenta que, en el texto constitucional se encuentran las reglas de convivencia de una sociedad, los derechos fundamentales, derechos humanos y constitucionales; además de los límites del poder los poderes para garantizar la democracia, el poder popular; la Constitución es el eje fundamental para la organización del Estado y el ejercicio pleno de los derechos.

Es por eso por lo que, al tener varias Constituciones, es complejo que se pueda analizar de manera particular cada Constitución a fin de reconocer el control de constitucionalidad aplicable a cada uno de ellos.

Sin embargo, a fin de identificar el control de constitucionalidad en el Ecuador, será importante ubicar el análisis en distintas épocas.

En ese sentido, el constitucionalista Agustín Grijalva, explica que el control de constitucionalidad en el Ecuador se lo puede entender basado en tres etapas históricas. Según Grijalva las etapas históricas son: soberanía parlamentaria desde 1830 a 1945, el surgimiento y desarrollo del Tribunal Constitucional desde 1945 a 1996 y los desafíos de institucionalización desde 1996 hasta la fecha en la que se publicó su obra, es decir 2011 (Grijalva,2011).

De tal forma que, el autor aclara que los dos primeros periodos antes detallados se vinculan a un control político de constitucionalidad y el tercer periodo se basa en un control jurídico de constitucionalidad. Dicho esto, el autor menciona que el control jurídico lo ejerce los jueces en base a normas jurídicas; tanto valores

fundamentales como sanciones y procedimientos específicos. Estos jueces constitucionales, deben actuar de forma independiente, es decir sin vinculación o influencia partidista o tendencia política, ya que están obligados a fundamentar y argumentar jurídicamente su sentencia (Grijalva,2011).

Por otro lado, el control político se entiende que es ejercido por los órganos políticos del Estado, como el Congreso (se debe entender que la explicación de los tres periodos se basa antes de la promulgación de la Constitución de 2008 y la creación de la Asamblea Nacional del Ecuador), basados en criterios de oportunidad, conveniencia y necesidad del interés del gobierno. Es claro que dentro de este control político no se actúa de manera independiente, al contrario, se evidencian posiciones políticas o partidistas definidas (Grijalva, 2011).

De esta manera, se entiende entonces que el control jurídico, está en mano de los jueces y que el control político a mano de las entidades políticas de turno. Puesto que, dentro del control de constitucionalidad, los jueces tienen un rol fundamental, existen jueces netamente constitucionales que tienen como función principal, garantizar la Supremacía de la Constitución.

Es así cómo, a lo largo de la historia y en el mundo jurídico, cómo ya se lo ha mencionado antes, estos jueces aparecen en los conocidos “Tribunales Constitucionales”. De igual forma, en Ecuador, el control de constitucionalidad emana a partir de estos Tribunales Constitucionales.

Dicho esto, el jurista, Hernán Salgado Pesantes, exjuez y presidente de la Corte Constitucional del Ecuador, detalla que la evolución del Control constitucional en la Constitución ecuatoriana de 1945 implementa el modelo kelsiano europeo de control concentrado y aparecen por primera vez los Tribunales de Garantías Constitucionales. Dicho sea de paso, no solo en el Ecuador se adoptó el modelo kelsiano de Control Concentrado de Constitucionalidad, sino que el mismo, fue adoptado por todos los Estados de América Latina (Salgado, 2004).

A pesar de que esta configuración de modelo de control de constitucionalidad se dio a partir del siglo XIX e inicios del siglo XX, el mismo fue demasiado limitado pese a que en las Constituciones de 1851, 1906 y en la de 1920,

el Ecuador ya adoptó una modalidad de un constitucionalismo social y surgieron los primeros brotes de control de constitucionalidad (Salgado, 2004).

Además, es necesario mencionar que, dentro de la Constitución de 1945, el Control de constitucionalidad se encontraba a cargo del poder legislativo; ya que en la misma Constitución se establecía que solo el Congreso de ese entonces, tiene la facultad de promulgar “si una ley, decreto, reglamento, acuerdo, orden, disposición, pacto o tratado público es o no constitucional” (Salgado, 2004).

Acerca de las atribuciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, desde su primera aparición en la Constitución de 1945, prevalecía la idea, como ya se ha manifestado anteriormente, de implementar un control concentrado kelsiano, como ya lo había adoptado en esa época toda la región latinoamericana. Sin embargo, como ya nos ha explicado Hernán Salgado, este propósito no llegó a consumarse (Salgado, 2004).

Ahora bien, si hablamos acerca de una modalidad de control de constitucionalidad Difuso se puede decir que dentro de los Tribunales de Garantías Constitucionales y desde la Constitución de 1967 se dispuso a la Corte Suprema, la atribución de inaplicar cualquier norma jurídica que esté contraria a la Constitución. Es entonces que desde 1967 hasta la Constitución de 1998 del Ecuador, se mantuvo este control de modalidad difuso en la que la Corte Suprema tenía la potestad de aplicar esta modalidad no solo a petición de parte sino también de oficio. Cabe mencionar que esta atribución se extendió no solo para la Corte Suprema sino también para cualquier juez o tribunal del Estado ecuatoriano.

Dentro de la obra “Lecciones de Derecho Constitucional” del jurista Hernán Salgado, explica que, hasta la fecha de la publicación de su obra, en el Ecuador se manejaba un sistema de carácter mixto donde tanto el modelo concentrado como el modelo difuso se conjugan para ejercer el control de constitucionalidad (Salgado, 2004).

Por otro lado, el autor Enrique Pozo Cabrera explica que el control mixto de constitucionalidad, que fue adaptado por el Ecuador en la Constitución del 2008, con lo cual también coincide el autor Salgado, nace de la fusión del neoconstitucionalismo y del garantismo dando la posibilidad de la unión de los dos

sistemas jurisdiccionales de control de constitucionalidad que son el norteamericano, conocido como el control difuso y el modelo europeo conocido como el control concentrado (Pozo Cabrera & García Amado, 2016).

Pozo explica que esta armonización sucede en casos concretos en los cuales los jueces tienen la facultad de determinar la invalidez de una norma porque la consideran inconstitucional, incurriendo en un sistema estadounidense y en consecuencia, toman la decisión de suspender la tramitación de esta causa para elevar en consulta a la Corte Constitucional; ya que el fin es que este órgano Ad Hoc, que se considera de última instancia, se pronuncia sobre la constitucionalidad o no de la norma en cuestión, incurriendo en un el modelo de sistema austral (Pozo Cabrera & García Amado, 2016).

En referencia a lo mencionado, acerca de la decisión del órgano de última instancia, la resolución referida y la cual es emitida por la Corte Constitucional tiene efecto erga omnes. Esto quiere decir que, la norma infra constitucional pierde total y absoluta eficacia siempre y cuando la Corte se haya pronunciado sobre la compatibilidad de la disposición infra constitucional y una norma constitucional. También existe la posibilidad de que la Corte Constitucional puede emitir un fallo de inaplicación de la norma interna en el caso concreto esto quiere decir que tendría un efecto inter partes (Pozo Cabrera & García Amado, 2016).

Es así como, el control de constitucionalidad en el Ecuador ha estado vigente desde las primeras Constituciones del Estado ecuatoriano y que han tenido como fin ejercer el principio de Supremacía Constitucional, a través de una herramienta de control. Esta herramienta de control es ejecutada a través de un ente, que es independiente a los tradicionales poderes del Estado, se trata de un Tribunal Constitucional, que en el Ecuador es denominado la Corte Constitucional del Ecuador.

El control constitucional en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

Como se lo ha mencionado en líneas anteriores, la Constitución de 2008 implementó en su ordenamiento jurídico, la Supremacía Constitucional, la cual, se encuentra protegida con el control de constitucionalidad. Dentro del precepto constitucional ecuatoriano, se ha logrado identificar que al parecer existe un control

mixto de constitucionalidad. Esto se refleja en los artículos 11.3, 426 y 428 de la Constitución del Ecuador, en donde se detalla los controles que han de predominar en el sistema jurídico.

Por lo cual, para entender de mejor forma, se debe citar los artículos enunciados.

El artículo 11, numeral 3 de la Constitución, refiere la existencia de un modelo de control de constitucionalidad difuso, en el que incluso los funcionarios públicos deben aplicar de forma directa la Constitución, es así como el art. 11.3 determina que:

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

2. “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.3)

“Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.3).

Al igual que, el artículo 426 de la Constitución que determina que:

Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

“Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 426).

“No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 426).

“Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 426).

Mientras que, en el art. 428, se entiende que se ejerce un control de constitucionalidad Concentrado, al contar con la intervención de la Corte Constitucional del Ecuador, por lo que, el artículo, menciona que:

Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que, en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 428).

Por lo mencionado, al hablar de la existencia de un control de constitucionalidad mixto en el Ecuador, es precisamente porque en la Constitución ecuatoriana, en los artículos citados refiere los dos modelos que deben ser aplicados al momento de que se necesite utilizar la herramienta de Control constitucional.

Sin embargo, es importante mencionar que no sólo en la Constitución, que es la principal herramienta legal de configuración jurídica, se encuentra la guía para el ejercicio del Control constitucional, sino que, de forma más específica en las leyes que componen el sistema jurídico, que en este caso es la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales, en el artículo 142 se hace referencia sobre el control de constitucionalidad empleado en nuestro país, ya que determina que:

Art. 142.- Procedimiento. – “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009).

En consecuencia, cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009).

Si transcurrido el plazo previsto la Corte Constitucional no se pronuncia, el proceso seguirá sustanciándose. Si la Corte Constitucional resolviera luego de dicho plazo, la resolución no tendrá efecto retroactivo, pero quedará a salvo la acción extraordinaria de protección por parte de quien hubiere sido perjudicado por recibir un fallo o resolución contraria a la resolución de la Corte Constitucional. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009).

“No se suspenderá la tramitación de la causa, si la norma jurídica impugnada por la jueza o juez es resuelta en sentencia” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009).

“El tiempo de suspensión de la causa no se computará para efectos de la prescripción de la acción o del proceso” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009).

En consecuencia, el mencionado artículo, contempla el modelo al que el Ecuador se somete, que a breves rasgos nos orienta a deducir que se trata de un control difuso de constitucionalidad.

Sin embargo, pese que la norma está acentuada sobre el ordenamiento jurídico, la misma refiere a que no es tácita y ha llevado a la confusión al momento de entender y emplear el control de constitucionalidad por parte de los operadores de justicia. De hecho, al momento de la creación de los estatutos, el legislador, no contempló de forma adecuada el espíritu de la norma para explicar el tipo de control de constitucionalidad específico a ser empleado en nuestro sistema jurídico.

En la Constitución del Ecuador, en su artículo 425, se menciona que, en caso de conflicto entre normas del ordenamiento jurídico, la o el juzgador, las autoridades administrativas y los servidores públicos, tienen la obligación de aplicar de forma directa la norma constitucional, demostrando así que nos encontramos frente a un modelo de control difuso de constitucionalidad, el cual menciona lo siguiente:

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma

jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 425).

Sin embargo, en el artículo 428 de la CRE se determina que: “Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional (Constitución de la República del Ecuador, art. 428, 2008)”. Con este artículo, se determina entonces que, la potestad para decidir sobre normas jurídicas en conflicto, que sean contrarias a la Constitución, la tiene la Corte Constitucional del Ecuador.

Se podría determinar, además, que, con estos artículos citados, el Ecuador maneja un control de constitucionalidad mixto. Y que ya sean los operadores de justicia o la Corte Constitucional quienes ejerzan el Control constitucional correspondiente, lo que prima es la supremacía de la Constitución frente al ordenamiento jurídico que compone el Estado. Sin embargo, la normativa ecuatoriana, aún es contradictoria ya que existe el artículo 142 de la LOGJCC la cual confunde aún más la disyuntiva.

Dentro del título IV de la CRE, llamado “Control Concreto de Constitucionalidad”, el legislador, en el artículo 141, refiere cual es la finalidad de la aplicación de este modelo citado. Lo cual no asume confusiones. Sin embargo, el artículo 142 determina lo siguiente: “Procedimiento. - Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009)”.

Es decir, que según la Constitución, no sólo son los jueces los que deberían aplicar directamente la Constitución para garantizar los derechos de los ciudadanos, sino que son además, las autoridades administrativas, servidoras y servidores públicos quienes tienen el deber de aplicar la Constitución directamente, interpretando así que en Ecuador rige un control de constitucionalidad difuso.

De esta manera, queda claro que, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, para efectos de la adecuada aplicación del control constitucional, existen argumentos contrapuestos que conducen a la mala interpretación y a la mala aplicación de las normas jurídicas. Sin embargo, es importante tomar en cuenta qué, el rol del órgano máximo, es decir de la Corte Constitucional del Ecuador, es importante y juega un rol protagónico a falta de claridad en las normas jurídicas. Ya que, gracias a su jurisprudencia y al ser el máximo órgano de interpretación constitucional, tiene la obligación de generar preceptos para aclarar dichas disyuntivas.

A pesar de que existe jurisprudencia de la Corte Constitucional, que, en base a sentencias, han logrado tratar estos temas que han generado nuevamente al debate del plano jurídico ya que en varios pronunciamientos los jueces constitucionales, han adoptado las dos vías de interpretación de la norma jurídica y constitucional, generando nuevamente el debate sobre el tipo de control de constitucionalidad que el Ecuador emplea en su ordenamiento jurídico, tema que se lo tratará a continuación.

El control de constitucionalidad desde la Corte Constitucional

En el presente trabajo académico, se ha mencionado que la Corte Constitucional del Ecuador, es el órgano máximo de interpretación constitucional, por ende el ente encargado para ejercer el control de constitucionalidad, además que es el órgano que goza de autonomía propia como lo determina el artículo 429 de la Constitución del Ecuador, el cual establece que: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia...” (Constitución de la República del Ecuador,2008).

En consecuencia, en el artículo 436 de la CRE, se aclara que la CC es el máximo órgano de Control constitucional y las atribuciones que tiene esta Corte, que determina lo siguiente:

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

6. “Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 436).

7. “Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 436).

Es importante señalar que en los numerales 6 y 7 del citado artículo, se determina el deber de la Corte en expedir sentencias con jurisprudencia vinculante sobre procesos constitucionales y de delimitar conflictos de competencia o atribuciones de distintos órganos del Estado, que es precisamente el objeto del preámbulo establecido.

Por esa razón, en virtud de su obligación que tiene en dictar sentencias con jurisprudencia vinculante, tal y como lo establece en el artículo 436.6, la CC ha emitido sentencias en torno al control de constitucionalidad que se ejerce en el Ecuador, ya que como se ha visto anteriormente en este trabajo académico, fácilmente se podría interpretar que el Ecuador tiene un tipo de control de constitucionalidad mixto.

Es así como, en referencia al control de constitucionalidad, la CC se ha pronunciado en varias ocasiones en diferentes sentencias que también han generado debate en el ámbito de la jurisprudencia ecuatoriana al tratar de entender qué tipo de Control constitucional se ejerce en el Ecuador.

Se podría decir que, el error se ejecuta desde el momento en que el legislador no fue claro en el marco jurídico, por lo que dejó abierta la posibilidad de optar por dos vías de interpretación para los operadores de justicia.

Para fines de análisis del presente trabajo académico, se tomará en cuenta dos sentencias importantes emitidas por la CC. La primera la sentencia No. 10-18-CN/19 conocida como la sentencia del matrimonio igualitario y en segundo lugar la sentencia No. 1116-13-EP/20 conocida como la sentencia del caso Galápagos. Con estas reconocidas sentencias, la CC marcó una línea de interpretación constitucional, que finalmente condujeron a que se considere que en el Ecuador se ejerce un tipo de control de constitucionalidad Concentrado.

La sentencia No. 10-18-CN/19 fue emitida de fecha 12 de junio de 2019 teniendo como juez ponente, al juez constitucional, Alí Lozada (Sentencia No. 10-18-CN/19, 2019). Esta sentencia es conocida como la sentencia del matrimonio igualitario y al igual que la presente sentencia de la despenalización del aborto por casos de violación, generó un gran debate en la esfera social de nuestro país y de la región latinoamericana.

El caso que fue analizado por el Tribunal Constitucional tenía como esencial resolver sobre la inconstitucionalidad los fragmentos de los artículos 81 del Código Civil y 52 de la Ley Orgánica de Gestión de la Identidad y Datos Civiles. Para el efecto, la Corte resolvió declarar inconstitucional las normas citadas y dar paso a la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo (Sentencia No. 10-18-CN/19, 2019).

Más allá de la decisión que se ejecutó en esa sentencia, es importante tomar en cuenta los problemas jurídicos planteados que llevar al desarrollo jurisprudencial de esta decisión. En los mismos, se plasmaba que, tanto los operadores de justicia, al estar inmersos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia y que se guían bajo los preceptos de la Supremacía Constitucional, tienen la obligación de aplicar la Constitución, protegiendo los derechos de las personas y los ciudadanos, acorde las necesidades que se vayan generando en la sociedad, independientemente de la norma expresa (Sentencia No. 10-18-CN/19, 2019).

Además, en la misma sentencia se da a entender, que no sólo son los jueces como operadores de justicia que tienen esta función, sino que además son los servidores públicos que tienen el deber de aplicar la Constitución directamente en momentos que se los requiere.

Es así como, frente a este nuevo pronunciamiento de la CC en 2019, se da a entender que el control de constitucionalidad, aplicado por el Ecuador es el control de constitucionalidad difuso, donde no es necesaria la intervención de un Tribunal Constitucional para el control que se ejerce sobre la Constitución, sino que recae plenamente en la aplicación directa de la Constitución por los operadores de justicia (incluidos los funcionarios públicos).

Ahora bien, es importante analizar acerca de la sentencia de Acción Extraordinaria de Protección No. 1116-13-EP/20 la CC, emitida de fecha 18 de noviembre de 2020, que es conocida como la sentencia del caso Galápagos.

Esta sentencia se desarrolló a partir de una acción de protección interpuesta en contra de la resolución No. 7052-CCCRCGG-8-IX-2011 del Comité de Calificación y Control de Residencia Consejo y del Gobierno de Régimen Especial de las Galápagos, que negó la residencia permanente de Erick Pillasagua Ocho, conviviente de Roberto Gustavo Herrera. Los jueces que resolvieron en primer lugar la Acción de Protección (AP), manifestaron que no se han vulnerado los derechos de los ciudadanos y de la persona que solicitaba la residencia, ya que existía norma expresa que regulaba la unión de hecho entre “hombres y mujeres” (Sentencia No. 1116-13-EP/20, 2020).

Gracias a esta sentencia, la CC, puntualizó y enfatizó en que, si las normas expresas vulneran derechos o existe duda para resolver conflictos sobre derechos constitucionales, es la Corte Constitucional la única entidad judicial, a fin de resolver los problemas jurídicos constitucionales, dejando en claro que, en el Ecuador existe control de constitucionalidad concentrado, que es el órgano de máxima interpretación constitucional, en este caso la Corte Constitucional, la única facultada en resolver esta clase de conflictos; de hecho en esta sentencia, se ratificó lo dicho con el voto concurrente, planteado por los jueces Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez, Alí Lozada Prado y Daniela Salazar Marín.

Desde entonces, la CC marcó una línea jurisprudencial clara referente al tipo de constitucionalidad que ha de emplearse en el Ecuador respecto al control de constitucionalidad, que es el control concentrado. Tomando en cuenta los roles facultados a la Corte Constitucional sobre este tipo de control y dándole el rol protagónico que el legislador intentó otorgarle desde el espíritu de la norma con la creación de la Constitución del 2008.

La Penalización del Aborto

Este punto tiene como objetivo presentar una visión panorámica del aborto en Ecuador desde un punto de vista normativo, social y legal para contribuir a una comprensión global del aborto como un derecho básico y una expresión fundamental de la ciudadanía plena de las mujeres. Desde los aspectos teóricos, su importancia como derecho fundamental en la sociedad actual y los fundamentos que llevaron a su aprobación.

Causas Históricas de la Penalización del Aborto

Para entrar en contexto, es importante regresar a ver las épocas de la historia. Se dice que, en los pueblos primitivos, en los cuales el patriarcado tenía el poder absoluto, como se pensaba que la mujer era un objeto y era un ser de inferioridad para el hombre, el jefe o padre de familia ejercía un poder sobre la mujer y sobre el ser de la concepción y podía disponer de sus hijos a su antojo, podía venderlos o incluso matarlos aún antes de nacer. Sin embargo, para aquella época, estas prácticas no eran punibles aún (Mayo Abad, 2002).

De igual forma, a lo largo de la historia y en la época del mundo antiguo no se castigaba el aborto. Por ejemplo, en la antigua Grecia, se consideraba que el feto no tenía alma; esta afirmación se podría encontrar en las emblemáticas obras de grandes pensadores como Platón y Aristóteles. Por su parte, Platón, en su famosa obra llamada “La República”, argumentó que: “el aborto debería prescribirse en caso de incesto o cuando los padres fueran personas de edad” (Mayo Abad, 2002). Por otro lado Aristóteles, recomendó que el aborto sea empleado como una fórmula para limitar las dimensiones de la familia (Mayo Abad, 2002).

Pues, así como se consideraba a la mujer dueña de su cuerpo y que los entes en el cuerpo de las mujeres no tenían alma aún. También se adoptó esta práctica

para limitar las decisiones de familia, es decir más allá de un tema de salud, el aborto para la época era considerado ya cómo un tema de carácter social y político.

Ahora bien, es importante para el objeto de estudio, identificar en la línea del tiempo en qué momento se fricciona en la sociedad las practicas que conducen a insinuar el tipo penal del aborto. Es por eso que, es momento de tomar como referencia al rol protagónico de la iglesia (católica) que ha germinado en la historia y ha conducido a penalizar la práctica del aborto desde una visión de los valores y la moral, a distintos ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados.

Como punto de partida, es importante tomar en consideración la época de 1588 donde el papa Sixto V, proclamó en sus conocidas (Bula Effraenautum), las cuales eran decisiones papales, que todos los abortos son crímenes que se castigaban con excomuni3n. Sin embargo, esta bula no causó mayor impacto, pero en Francia, las leyes estatales y locales se endurecieron para quienes ejercían esta práctica y a la llegada de Enrique II promulgó una ley donde se ordenaba la pena capital para la mujer que realizara un aborto voluntario (Mayo Abad, 2002).

La importancia de estas decisiones papales fue que, en la historia, la iglesia católica se configuró como una instituci3n internacional de poder, de la cual algunos Estados se regían bajo el lineamiento del clérigo, pues son años más tarde donde los Estados dejaron de tomar postura religiosa y empezaron a declararse Estados Laicos (como por ejemplo en el Ecuador). Es así como estas decisiones papales fueron el punto de partida para condenar la práctica del aborto, ya que antes de su promulgaci3n, no se ha podido identificar otro castigo para condenar la práctica de la interrupci3n del embarazo.

Aproximadamente, en el año 1930, Pio XI manifestó que “la vida de la mujer y del feto eran sagradas y que ninguna persona tenía la potestad ni la autoridad para destruirlas” (Mayo Abad, 2002). Y a partir de esta promulgaci3n, a la cual también se sumó Pío XII, se argumentaba y otorgaba normas de rigidez de la iglesia para frenar las acciones en contra del niño que estaba por nacer. También se sumaron Pablo VI y Juan XXIII que recordaban que la vida humana es sagrada desde su origen o desde su concepci3n (Mayo Abad, 2002).

Es así que, se evidencia que la iglesia católica ha tomado la batuta dentro de las sociedades del mundo, sobre la penalización del aborto bajo el argumento de la importancia del respeto de la vida de uno mismo y de los demás; que nadie tiene la autoridad para decidir sobre el destino sobre un ser no nacido y la práctica de las mismas no sólo conducen a “castigar” en lo moral y religioso, sino que las mismas, según los historiadores, tenían consecuencias políticas y legales para las mujeres y personas que ayudasen con la práctica del aborto.

En el contexto internacional, Erdman & Cook (2020) detalla que las primeras normas internacionales de derechos humanos pedían la despenalización del aborto, específicamente la eliminación de las sanciones penales relacionadas con los delitos de aborto. Por ejemplo, en 1999, una de las primeras normas de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer recomendaba que “cuando sea posible, la legislación que penalice el aborto podría modificarse para eliminar las disposiciones punitivas impuestas a las mujeres que se someten a un aborto”.

En el siglo XXI, las concepciones han cambiado para fomentarse la despenalización del aborto. Erdman & Cook (2020) apunta que con una creciente aceptación de las profundas y duraderas disfunciones de las leyes penales sobre el aborto, sin importar cuán liberales sean o con qué protecciones procesales, el consenso internacional en materia de derechos humanos ha avanzado hacia la despenalización del aborto, es decir, la derogación de las leyes penales sobre el aborto y, en general, la eliminación del aborto como sujeto legítimo de derecho penal. Las normas internacionales de Derechos Humanos sobre el aborto han evolucionado desde la retirada de las medidas punitivas impuestas a las mujeres por someterse a un aborto hasta la ampliación de los motivos para el aborto legal y las protecciones procesales para garantizar el acceso real por esos motivos y, en última instancia, hasta la despenalización del aborto como un imperativo de derechos humanos. Las normas de Derechos Humanos exigen el acceso al aborto, como mínimo, por motivos de vida y salud, violación o delitos sexuales y malformación fetal.

Análisis del aborto en la legislación ecuatoriana y en la Constitución

En referencia a la criminalización del aborto hacia la mujer, es importante tomar en consideración lo que reza en los instrumentos legales que fueron adoptados por el Ecuador a lo largo de su historia.

Durante años, el Ecuador fue un Estado conservador, el cual se regía bajo los preceptos del clérigo católico, las decisiones políticas y gubernamentales se tomaban entorno a los criterios de la iglesia católica. Hasta que, surgió en nuestro Estado, el modelo político libertario que sintió la necesidad de implementar un Estado laico deslindado de lo que determine el clero católico y se rija bajo los fundamentos de las libertades individuales.

Ahora bien, en torno a este análisis de estudio acerca de la penalización del aborto, a pesar de que existió un cambio drástico dentro de la sociedad de pasar de un modelo conservador a un libertario, aún la criminalización del aborto existía en el ordenamiento jurídico de este nuevo sistema jurídico-político y eso se evidenciaba en los estatutos implementados en el sistema jurídico del Estado ecuatoriano.

De tal forma que, a continuación, se analizará de manera cronológica acerca de la criminalización del aborto establecido en los códigos penales que han regido en el Ecuador desde la creación de la república; hasta encontrarnos con el ordenamiento jurídico actual que fue modificado y ha sido objeto de estudio del presente trabajo académico.

En orden cronológico, en primera instancia, en 1837 nace el código penal, también conocido como el código penal de Vicente Rocafuerte. El mismo que fue una copia de lo que establecía el código penal francés, reconocido a lo largo de la historia como el código napoleónico (Buendía, 2022).

Así el Código Penal de 1837, en sus artículos 456 y 457 los cuales establecían lo siguiente:

Tabla 1

Artículos del Código Penal de 1837 que tipifican el aborto.

| ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1837 QUE TIPIFICAN EL ABORTO | |
|--|--|
| Capítulo III | |
| DEL ABORTO, EXPOSICIÓN DE PARTO Y OTROS DELITOS CONTRA LA EXISTENCIA NATURAL O CIVIL DE LOS NIÑOS | |
| ARTÍCULO | COMENTARIO |
| Art. 456.- Los que causaren el aborto de alguna mujer por cualquiera de los medios o arbitrios análogos para lograrlo, serán castigados del modo siguiente: -Si emplearen los medios o arbitrios expresados sin consentimiento o conocimiento de la mujer, sufrirán una prisión de dos a seis años, y si lo hicieren con consentimiento o conocimiento de ella, el tiempo de la prisión será de uno a cuatro años. | En este artículo se puede apreciar que el aborto era punible en contra de las personas que ayuden a una mujer a realizar un aborto. Y la sanción recaía en prisión de dos a seis años. Además, si existía consentimiento de las dos partes, la sanción sería de uno a cuatro años de prisión. |
| Art. 457.- Los médicos, cirujanos, boticarios o comadrones, que indicaren, aconsejaren o suministraren, cualquiera de los medios o arbitrios expresados, ¿serán condenados a obras públicas por dos a seis años; pero si se hubiere verificado el aborto, el término de la condena a obras públicas, será de seis a diez años. | La pena de obras públicas de dos a seis años recaía en personas que ayuden a una mujer a abortar. Y, si se hubiera verificado el aborto, es decir se hubiera comprobado el que se generó el aborto, la pena de obras públicas aumentaba de seis a diez años. |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir del Código Penal de 1837.

Como se puede observar, este código penal contempló dentro de sus textos normativos, la primera tipificación del aborto y lo ubicaba dentro de los delitos

contra los particulares. Este código conservaba la idea de la vida frente al aborto, como un bien jurídico de protección del que se reconocían como la existencia natural y civil de los niños (Buendía, 2022).

El código penal de 1837, tenía como característica de separar la moral pública, sobre los delitos en contra de los particulares; es decir, aparece el principio liberal que contempla la división entre lo público y lo privado (Goetschel, 2021).

En esta primera aparición de la tipificación del aborto, la mujer no es la única en ser condenada por la práctica de este, sino que la penalización recaía para médicos cirujanos, boticarios o las conocidas “comadronas” que causaron el aborto o que hayan aconsejado una mujer para realizarlo (Buendía, 2022).

Es así como, estas personas, que ejecutaban el aborto de una mujer, tenían una sanción severa de condena a obras públicas de seis a diez años. Al contrario, de que si se producía un aborto, sin el apoyo de estas personas y sin el consentimiento de la mujer, la condena recaía a la prisión de su libertad de dos hasta seis años y si el aborto era producto del consentimiento de la mujer, la pena recaía en uno a cuatro años de privación de la libertad (Goetschel, 2021).

Como segundo escenario, ya en 1871, entra en vigor un nuevo código penal que fue implementado por el presidente conservador, Gabriel García Moreno.

Dentro de este código penal aparece por primera vez la tipificación y penalización del aborto que marca un precedente del marco legal que rige hasta el momento en nuestro país. A diferencia del código penal de 1837, en este código prevalece la protección del orden de la familia y la moral pública por los derechos de los niños que están por nacer (Buendía, 2022).

Dentro de este código existía una sección llamada “Sección de los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública”. Fue así como el aborto, pasó a ser parte de los delitos del ámbito privado y ya no era considerado como delito de los delitos particulares, en el que el Estado tenía el rol primordial de proteger el bien jurídico, bajo la creencia e influencia católica (Goetschel, 2021).

Los artículos de dicha sección estipulaban lo siguiente:

Tabla 2

Artículos del Código Penal de 1871 que tipifican el aborto.

| ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1871 QUE TIPIFICAN EL ABORTO | |
|--|---|
| DE LOS CRÍMENES Y DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORAL PÚBLICA Capítulo I DEL ABORTO | |
| ARTÍCULO | COMENTARIO |
| Art. 371.- Todo individuo que, por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o por cualquier otro medio, hubiere intencionalmente hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será castigado con reclusión de tres a seis años. Si los medios empleados no han tenido efecto se aplicará el art. 9. | El artículo trata sobre el aborto no consentido, sino que fue generado por personas externas tendrán la pena de reclusión de tres a seis años. |
| Art. 372.- Cuando el aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de producirlo, el culpable será castigado con una prisión de tres meses a dos años, y con una multa de diez a cincuenta pesos. Si las violencias han sido cometidas con premeditación o con conocimiento del Estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años y la multa de veinte a cien pesos. | De igual forma, respecto a este artículo se refiere al aborto que han causado otras personas en contra de una mujer, pero que no existía la intención de realizarla, tendrá una pena de tres meses a dos años, además de una multa. |
| Art. 373.- El que, por alimentos, bebidas, medicamentos o por cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será condenado a una prisión de dos a cinco años y a una multa de veinticinco a cien pesos. | Al igual que el código penal de 1838, sobre el aborto consentido y quien ayude a practicarlo, tendrá una pena de dos a cinco años y adicional una multa. |

| | |
|--|--|
| <p>Art. 374.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con una prisión de uno a cinco años y con una multa de veinte a cien pesos.</p> <p>Si lo hiciere para ocultar su deshonra, será castigada con seis meses a dos años de prisión.</p> | <p>Este artículo castiga la práctica del aborto consentido, por las mujeres, con una pena de prisión de uno a cinco años y adicional una multa.</p> <p>Lo curioso del artículo es que en su último inciso se clarifica que, si es para ocultar la deshonra, la pena disminuye.</p> <p>Es importante tomar en cuenta que, para la época no se aprobaba la idea de tener hijos fuera del matrimonio y por eso la aclaración del último inciso.</p> |
| <p>Art. 375.- Cuando los medios empleados con el objeto de hacer abortar a la mujer hubieren causado la muerte de esta, el que lo hubiere administrado o indicado con dicho objeto, será condenado con reclusión de tres a seis años, si la mujer ha consentido en el aborto: y a penitenciaría de ocho a doce años, si la mujer no consintió.</p> | <p>En este artículo, se condena a la persona que haya causado la muerte de una mujer al momento de practicar un aborto, de ocho a doce años de prisión. La pena disminuye si la mujer consintió la práctica del aborto.</p> |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir del Código Penal de 1871.

Para 1906, como tercer escenario normativo, surge el código penal que se inspiró desde el movimiento revolucionario liberal del expresidente Eloy Alfaro Delgado. A pesar de que, en su gobierno, se realizaron cambios sustanciales sobre la gobernabilidad, la estructura del Estado y la toma de decisiones, ya que prevaleció el concepto de fundar un “Estado laico” con el cual marcaba la ruptura con el clérigo que estaba posesionado en nuestro país; respecto al ámbito del aborto, la penalización para la mujer se mantenía y seguía considerado como crímenes delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública (Buendía, 2022).

Es así como, en sus artículos se contemplaba lo siguiente:

Tabla 3*Artículos del Código Penal de 1906 que tipifican el aborto.*

| ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1906 QUE TIPIFICAN EL ABORTO | |
|--|---|
| Libro VIII DE LOS CRÍMENES Y DELITOS CONTRA EL ORDEN DE LAS FAMILIAS Y CONTRA LA MORALIDAD PÚBLICA Capítulo I DEL ABORTO | |
| ARTÍCULO | COMENTARIO |
| Art. 334.- El que, por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o por cualquier otro medio, hubiere intencionalmente hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será castigado con tres a seis años de reclusión menor. Si los medios empleados no han tenido efecto, se castigará como tentativa. | Este artículo, al igual que en el código penal de 1871, trata sobre el aborto no consentido, sino que fue generado por personas externas tendrán la pena de reclusión de tres a seis años. La diferencia es que se adiciona en el último inciso la tentativa, cuando el aborto no tuvo efecto. |
| Art. 335.- Cuando el aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo, el culpado será castigado con prisión de seis meses a dos años. Si las violencias han sido cometidas con premeditación o con conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años. | De igual forma, como en el código penal de 1871, este artículo se refiere al aborto que han causado otras personas producto de una violencia, en contra de una mujer, pero que no existía la intención de realizarla, tendrá una pena de tres meses a dos años, además de una multa. Adicional, en el último inciso se aclara que si dicha violencia ha sido cometida con premeditación se agrava la pena. |
| Art. 336.- El que, por alimentos, bebidas, medicamentos, o por cualquier otro medio, hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será condenado a prisión de dos a cinco años. | Al igual que el código penal de 1838 y el de 1871, en este artículo, el aborto consentido y quien ayude a |

| | |
|---|--|
| | practicarlo, será penado de dos a cinco años y adicional una multa. |
| Art. 337.- La mujer que voluntariamente hubiere consentido en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será castigada con prisión de uno a cinco años. Si consintiere en que se la haga abortar, o causare por sí misma el aborto, para ocultar su deshonra, será castigada con seis meses a dos años de prisión. | Al igual que el código penal de 1838, se castiga la práctica del aborto consentido, por las mujeres, con una pena de prisión de uno a cinco años y adicional una multa. Además, que, si es para ocultar la deshonra, la pena disminuye de seis meses a dos años de prisión. |
| Art. 338.- Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer hubieren causado la muerte de ésta, el que los hubiere administrado, o indicado con dicho fin, será castigado con tres a seis años, de reclusión menor, si la mujer ha consentido en el aborto; y con reclusión mayor de ocho a doce años, si la mujer no ha consentido. | En este artículo, se condena a la persona que haya causado la muerte de una mujer al momento de practicar un aborto, con tres a seis años. La reclusión mayor de ocho a doce años, si la mujer consintió el aborto. Y reclusión menor, si la mujer consintió la práctica del aborto. |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir del Código Penal de 1906.

Ahora bien, el cuarto escenario político es esencial para el análisis de la despenalización del aborto, ya que se funda un nuevo código penal en el año de 1938, el cual fue instaurado por el gobierno del general Alberto Enríquez Gallo (Goetschel, 2021).

Este instrumento legal que tuvo una gran influencia del modelo jurídico de Argentina, que fue inspirado en los modelos penales de Suiza y Checoslovaquia, incluye al aborto en la sección de los delitos contra las personas y contra la vida e incluye importantes aportes como las nociones del aborto terapéutico y eugenésico, los cuales se han considerado en los preceptos legales contemporáneos (Goetschel, 2021).

Tabla 4*Artículos del Código Penal de 1938 que tipifican el aborto.*

| ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL DE 1938 QUE TIPIFICAN EL ABORTO | |
|--|--|
| DE LOS DELITOS CONTRA LAS PERSONAS Capítulo I DE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA | |
| ARTÍCULO | COMENTARIO |
| Art. 417.- El que, por alimentos, bebidas, medicamentos, violencias o por cualquier otro medio, hubiere intencionalmente hecho abortar a una mujer que no ha consentido en ello, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. Si los medios empleados no han tenido efecto, se reprimirá como tentativa. | Este artículo, coincide con los establecido en el código penal de 1871 y 1906. Es decir, no se registran cambios sustanciales. |
| Art. 418.- Cuando el aborto ha sido causado por violencias hechas voluntariamente, pero sin intención de causarlo, el culpado será reprimido con prisión de seis meses a dos años. Si las violencias han sido cometidas con premeditación o con conocimiento del estado de la mujer, la prisión será de uno a cinco años. | Este artículo, coincide con los establecido en el código penal de 1871 y 1906. Es decir, no se registran cambios sustanciales. |
| Art. 419.- El que, por alimentos, bebidas, medicamentos o cualquier otro medio hubiere hecho abortar a una mujer que ha consentido en ello, será reprimido con prisión de dos a cinco años. | Este artículo, coincide con los establecido en el código penal de 1838, 1871 y 1906. Es decir, no se registran cambios sustanciales. |
| Art. 420.- La mujer que voluntariamente hubiese consentido en que se le haga abortar, o causare por sí misma el aborto, será reprimida con prisión de uno a cinco años. Si consintiere en que se le haga abortar o causare por sí misma el aborto, para ocultar su deshonor, será reprimida con seis meses a dos años de prisión. | Este artículo, coincide con los establecido en el código penal de 1871 y 1906. Es decir, no se registran cambios sustanciales. |

| | |
|---|---|
| <p>Art. 421.- Cuando los medios empleados con el fin de hacer abortar a una mujer hubieren causado la muerte de esta, el que los hubiere administrado o indicado con dicho fin, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor, si la mujer ha consentido en el aborto; y con reclusión mayor de ocho a doce años si la mujer no ha consentido.</p> | <p>Este artículo, coincide con los establecido en el código penal de 1871 y 1906. Es decir, no se registran cambios sustanciales.</p> |
| <p>Art. 423.- El aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer encinta, o de su marido o familiares íntimos, cuando esta no está en posibilidad de prestarlo, no será punible.</p> <p>1.-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; y</p> <p>2.-Si el embarazo proviene de una violación o estupro cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.</p> | <p>Este artículo es importante porque por primera vez, se trata sobre el aborto no punible.</p> <p>Por lo que, sólo en casos que peligren la vida y la salud de la mujer. Y cuando la mujer que sea “demente o idiota” haya sido víctima de violación o estupro, será permitido la práctica del aborto.</p> |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir del Código Penal de 1938.

En este código penal de 1938 se despenalizó el aborto por dos causales: 1. riesgo en salud o vida de la mujer y 2. en caso de violación de una mujer demente. Es importante, para comprender el contexto histórico que, para aquella época regía la Constitución de 1906 en la misma se contemplaban las garantías individuales y no se alegaba nada respecto a la protección a la vida desde la concepción (Buendía, 2022).

Acercas del aborto, los instrumentos legales del ordenamiento jurídico no tuvieron mayor relevancia ni cambio, sino sólo hasta el Código Integral Penal de 2014 el cuál respecto a la despenalización del aborto, modifico la frase del código penal de 1938 que decía “en caso de una violación de una mujer demente” por “discapacidad mental” (Goetschel, 2021).

Es importante recordar que, del COIP del 2014 es precisamente el objeto de estudio del presente trabajo y a fin de cumplir con la dinámica de estudio del aborto en los instrumentos penales legales es preciso analizarlo.

Tabla 5

Artículos del Código Penal de 2014 que tipifican el aborto.

| ARTÍCULOS DEL CÓDIGO PENAL DE 2014 QUE TIPIFICAN EL ABORTO | |
|---|---|
| Capítulo Segundo DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LIBERTAD Sección Primera DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DE LA VIDA | |
| ARTÍCULO | COMENTARIO |
| Art. 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. | Este artículo es similar a los códigos penales de 1838, 1871, 1906 y 1938. Trata sobre las personas que causaron la muerte de una mujer por practicar un aborto. Y, la pena varía si implica el consentimiento de la mujer. |
| 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. | Este artículo es similar a los códigos penales de 1838, 1871, 1906 y 1938 y no se ha identificado un cambio sustancial. |
| 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 | En este artículo se ha evidenciado la sanción punitiva en contra de las personas y las mujeres que causen un aborto. |

| | |
|---|---|
| pena privativa de libertad de seis meses a dos años. | |
| <p>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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si se ha practicado para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental. | <p>Este artículo, contempla la despenalización del aborto en los casos de, peligro para la vida y salud de la mujer; y en casos de violación de una mujer que padezca incapacidad mental (la norma impugnada de las Acciones de Inconstitucionalidad, de este análisis de caso).</p> <p>Lo que cambió dentro del código penal de 1938, es en la frase de la segunda causal del artículo; es decir, en lugar de emplear calificativos como “demente e idiota” se emplea la frase “que padezca discapacidad mental”</p> |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir del Código Penal de 2014.

En consecuencia, la frase del segundo inciso del artículo 150, es el objeto de impugnación planteado por los casos de la Acción de Inconstitucionalidad, ya que han identificado que la frase “una mujer que padezca de discapacidad mental” no guarda armonía con el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, lo que se analizará más adelante.

Como parte de la discusión sobre derechos sexuales y reproductivos, el aborto merece especial atención por la importancia que ha tenido en el debate público en los últimos años. Larrea & Herrera (2020) analiza esta discusión acerca de la interrupción voluntaria del embarazo que se reabrió en 2014 con la aprobación del Código Orgánico Integral Penal (COIP), pero no cambió la disposición del Código Penal de 1971 sobre este tema. El COIP sanciona con prisión de seis meses a dos años a las mujeres que se sometan a un aborto y sanciona a quienes lo practican con prisión de uno a tres años (COIP, 2014, artículo 147). Están exentos los abortos realizados “para evitar peligro para la vida o la salud de la mujer embarazada, siempre que no puedan evitarse por otros medios”, así como cuando “el embarazo sea resultado de una violación a una mujer que padezca una enfermedad mental” (COIP, 2014, artículo 150).

Pero al revisar los antecedentes, Larrea & Herrera (2020) también manifiesta que aunque el aborto ha sido sancionado como una práctica ilegal en Ecuador desde que se convirtió en un país independiente en 1830, sólo en los últimos cinco años las mujeres han sido procesadas por someterse a esta práctica. Las organizaciones de mujeres han sido muy activas al denunciar la criminalización del aborto como un tema urgente en la agenda de igualdad de género del país.

Por otra parte, Burneo (2023) indica que muchas veces, el aborto no es una opción debido a la falta de conocimiento y educación sexual intercultural, de acceso adecuado a la salud o de una moral social conservadora. Esta realidad coexiste con una historia silenciada de esterilización forzada y otras formas de violencia obstétrica. La prohibición legal del aborto también afecta la seguridad y el momento de los abortos clandestinos, o los hace tan inaccesibles que el embarazo parece ser la única “opción” que queda. Al mismo tiempo, los manuales de aborto, la protesta social feminista, las luchas legales e intelectuales y el lobby político en el país son parte del activismo global por el aborto para ampliar los derechos humanos de las niñas y mujeres cuyas vidas se ven afectadas por la cultura de la violación, la pobreza y las nociones fundamentalistas. de la vida, la ciencia y el género.

Las implicaciones de la decisión del Caso 34-19-IN/21 son decisivas porque promueve los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Ecuador. Para Vallejo (2023) al despenalizar el aborto en todos los casos de violación, la Corte destacó que la igualdad, la no discriminación y la dignidad humana deben ser las directrices legislativas de los parlamentos y también los límites al poder punitivo de los Estados. Para explicar estos aspectos relevantes, este comentario sigue un enfoque socio jurídico para explorar contextualmente el Caso 34-19-IN/21, informar sobre la situación actual de la despenalización del aborto en Ecuador y reflexionar sobre lo que podría suceder luego de una sentencia constitucional tan importante.

A pesar de la declaración de la Corte a través de la sentencia, se han sentido algunas controversias en torno a la decisión de la Corte Constitucional de Ecuador de declarar inconstitucional la penalización del aborto en casos de violación en 2020. La Corte eliminó la pena por aborto solo en casos de violación, pero no

impuso mecanismos para determinar cómo probar la violación. Finalmente, entre otros elementos muy interesantes que establece la ley, impuso en la mayoría de los casos que las adolescentes y niños menores de edad no pueden acceder a un servicio de aborto sin el consentimiento de su representante legal. En Ecuador, como en muchos países, la edad adulta desde el punto de vista legal es 18 años.

El análisis cronológico de la penalización y/o, criminalización del aborto, se resume a cinco momentos importantes, que han sido desarrollados en líneas anteriores, en consecuencias de la implementación de los instrumentos legales que regulan el comportamiento de los ciudadanos en la sociedad.

El derecho a la igualdad y no discriminación en la despenalización del aborto **El derecho a la igualdad y no discriminación**

Para establecer las diferencias entre derechos y principios se indica lo mencionado por Ávila Santamaría que apunta que “los principios son normas téticas, que determinan en un mandato de maximización, los cuales constan en el plano constitucional y tienen una estructura que carece de una hipótesis y obligación que sea concreta” (2009). Las normas que determinan derechos a través de los principios. Por ejemplo, las personas tienen derecho a la igualdad y no discriminación de manera adecuada y digna, es una norma tética, porque le impone al Estado un fin ideal que ningún ciudadano sea discriminado, es decir:

“Es un mandato de maximización, porque tiene pretensión universal en cantidad y en calidad, por lo cual debe ser adecuada a su contexto social y digna para desarrollar otros derechos; la norma no manifiesta en qué circunstancias el Estado debe proveer el derecho a la igualdad cuándo se viola este derecho, ni tampoco la forma de obligarse a su cumplimiento”. (Ávila Santamaría, 2009).

Al detallar la importancia de los principios constitucionales, Redrobán Barreto (2021) indica son definidos como aquellos que dan razón de ser al sistema constitucional del Ecuador, pues con la aplicación de estos, el legislativo puede expedir leyes que sean trascendentales para los derechos, los cuales son universales e inherentes a las personas, por lo cual, en la reforma de las leyes o emisión de las

mismas, se debe considerar los principios constitucionales como aquellas normas rectoras, por lo que, los poderes públicos del Estado se deben basar en los contenidos básicos que emana la Constitución, por ser de mandato expreso de la voluntad y sobre todo son mandatos que deben ser cumplidos. Además, se determina que los principios constitucionales representan la materialización de los derechos.

El derecho de igualdad según Robert Alexy es un tema de suma relevancia en el campo del Derecho Constitucional. Varios autores relevantes, han desarrollado una teoría sólida sobre el concepto de la igualdad y no discriminación y han dado a conocer la relación con los derechos fundamentales.

Según Alexy, el derecho de igualdad implica tratar a todas las personas de forma justa y equitativa, sin discriminación arbitraria. Para él, el principio de igualdad se basa en el principio de no discriminación, el cual constituye un pilar fundamental de los derechos humanos (Alexy, 1989).

El principio de igualdad establece que todas las personas son iguales ante la ley y deben recibir un trato igualitario en situaciones comparables. Esto implica que no se pueden realizar distinciones arbitrarias basadas en características como la raza, el género, la religión o la orientación sexual. Además, Alexy sostiene que el principio de igualdad implica tratar de manera diferente a las personas en situaciones desiguales para alcanzar una igualdad real y efectiva (Alexy, 1989).

Los alcances del principio de igualdad, se distingue entre la igualdad formal y la igualdad material. Azanza Torres (2022) expone que la igualdad ante la ley supone por parte del Estado un deber de abstención de prevenir acciones discriminatorias, leyes discriminatorias o la aplicación discriminatorias de las mismas, constituye un deber de abstención de discriminación directa. las personas tienen el derecho subjetivo a la igualdad ante la ley y la aplicación de la norma, esto es lo que se comprende como igualdad formal.

El alcance de principio de igualdad se ha ampliado a lo que se conoce como igualdad material. Azanza Torres (2022) detalla que el principio de igualdad no solamente comporta un deber de abstenerse de acciones discriminatorias a los demás, es necesario también que se determinen acciones efectivas para crear

igualdad de condiciones y oportunidades para todos los ciudadanos de un Estado, que den respuesta a las realidades sociales por las cuales ciertos grupos o personas se pueden encontrar en alguna situación de desventaja, por particularidades subjetivas que dificultan el ejercicio de sus derechos o porque la aplicación de una ley resulta en menoscabo de los derechos. La igualdad material se constituye en una meta para el Estado y esto genera que se implementen obligaciones específicas con el fin de efectuar actuaciones positivas para mejorar la situación de las personas que pueden encontrarse en situación de desventaja, que pueden gozar y ejercer sus derechos sin menoscabo en igualdad de condiciones.

En la norma suprema, el derecho de igualdad y no discriminación, se encuentra determinado en el artículo 11.2 de la CRE y definido como uno de los principios por los cuales se regirá el Estado.

Es así como el artículo 11.2 acerca de la igualdad de las personas, reza lo siguiente: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”, (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Más adelante, en el artículo 11.2, reza sobre la no discriminación, estableciendo lo siguiente: “Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Finalmente, en el artículo 11.2, se establece la obligación del Estado de emprender medidas afirmativas para promover dicho derecho para los titulares que se encuentren en situación de desigualdad; contemplando textualmente lo siguiente: “La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11.2).

A propósito de los principios consagrados en nuestra Constitución, es propicio acotar que a pesar de que en nuestra Constitución se contemplan algunos “principios”, estos se refieren a derechos. Y, si se tratan de derechos que se encuentren amparados en la Constitución, son derechos fundamentales.

En consecuencia, el principio de igualdad y no discriminación, que se encuentra amparado en la CRE, va acorde a los instrumentos internacionales de las diferentes entidades no gubernamentales del sistema internacional, de las cuales, el Estado ecuatoriano es parte, y, por lo tanto, tiene la obligación de acatarlas con seriedad.

Igualdad y no discriminación en la despenalización del aborto

Diferentes organismos internacionales se han pronunciado en lo relacionado a la despenalización del aborto. Sucuzhañay et al., plantean que han tenido cambios relevantes en sus posiciones y argumentos, pero “la postura que se mantiene en la actualidad como un tema de salud pública y un derecho humano debería ser despenalizado, para una verdadera equidad de género, igualdad y no discriminación y respeto a los derechos de las mujeres” (Sucuzhañay et al., 2020)

La Organización de Naciones Unidas (ONU), por ejemplo, ha expresado que la penalización del aborto y la denegación del acceso a servicios adecuados para practicar el mismo, son dos formas más perjudiciales de discriminación de género, ya que representa la instrumentalización y sometimiento de los cuerpos de las mujeres y una grave vulneración a los derechos humanos. (Sucuzhañay et al., 2020).

La Organización de Estados Americanos (OEA) insta a todos sus Estados miembros adoptar las medidas necesarias para avanzar en la protección del derecho de las mujeres, niñas y adolescentes a través de la aprobación y creación de normas que garanticen los derechos sexuales y reproductivos y los Derechos Humanos. La posición de esta organización es la despenalización del aborto en los casos de

violencia sexual e incesto, cuando salud y vida de la mujer se encuentra en riesgo, cuando haya inviabilidad del feto, constituye una forma de violencia contra las mujeres incluye los derechos a la salud sexual y reproductiva, el acceso gratuito a servicios médicos para las víctimas de violencia sexual. (Sucuzhañay et al., 2020).

Es necesario considerar los antecedentes y las implicaciones de la despenalización del aborto y su relación con la igualdad y no discriminación, Vallejo (2023) destaca que tradicionalmente e históricamente, Ecuador ha permitido el aborto en dos casos: violación contra una mujer con discapacidad mental y amenaza a la vida o salud de la mujer. Sin embargo, el 28 de abril de 2021, la Corte Constitucional de Ecuador despenalizó el aborto en todos los casos de violación. En el Caso 34-19-IN/21, la Corte determinó que el artículo 150 apartado 2 del Código Penal ecuatoriano (COIP) discriminaba inconstitucionalmente a las mujeres sin discapacidad mental que deseaban interrumpir embarazos no deseados producto de una violación. Las implicaciones de la decisión del Caso 34-19-IN/21 son decisivas porque promueve los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Ecuador.

También Vallejo (2023) implica que al despenalizar el aborto en todos los casos de violación, la Corte destacó que la igualdad, la no discriminación y la dignidad humana deben ser las directrices legislativas de los parlamentos y también los límites al poder punitivo de los Estados. Para explicar estos aspectos relevantes, este comentario sigue un enfoque socio jurídico para explorar contextualmente el Caso 34-19-IN/21, informar sobre la situación actual de la despenalización del aborto en Ecuador y reflexionar sobre lo que podría suceder luego de una sentencia constitucional tan importante.

Siegel & Salazar (2022) analiza la despenalización del aborto y el derecho a la igualdad desde el contexto de la toma de decisiones libre con respecto a su sexualidad y es crítico al respecto de la sentencia aprobada por la Corte. Los autores manifiestan que la decisión de Ecuador que se extrae a continuación representa un ejemplo de legalización muy limitada, lo que genera una visión diferente del derecho. Si bien se puede considerar que la legalización del aborto en casos de

violación en Ecuador da prioridad a los derechos de las mujeres como víctimas sobre las mujeres como tomadoras de decisiones, la Corte Constitucional de Ecuador se vio limitada a ir más allá por la protección de la vida desde el momento de la concepción en la Constitución de Ecuador. El texto constitucional incluye disposiciones que, por un lado, consagran el derecho a tomar decisiones libres sobre la vida reproductiva (Constitución del Ecuador, 2008, art. 66.10) y sobre la sexualidad (Constitución del Ecuador, 2008, art. 66.9), derecho que incluye la obligación del Estado de “promover el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se tomen en condiciones seguras”; y, por otro lado, reconoce que el derecho a la vida incluye “el cuidado y la protección desde la concepción” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 45)

Además, manifiestan otros aspectos críticos acerca de las limitaciones de la sentencia. Siegel & Salazar (2022) enfatizan que la Corte Constitucional, también se condicionó por los límites del caso. Antes de esta decisión, existían tres excepciones en las que el aborto no era punible en Ecuador, incluso si el embarazo era consecuencia de la violación de una mujer con discapacidad intelectual. El caso ante la Corte se basó en esta excepción a la prohibición del aborto. La Corte amplió la excepción a cualquier mujer que sea víctima de violación, independientemente de su discapacidad intelectual, porque una víctima de violación, por definición, no da su consentimiento. Aunque se puede considerar que la decisión de la Corte se centra en la vulnerabilidad de las mujeres como víctimas de la violencia más que en su autonomía, existen riesgos al priorizar la autonomía antes que proteger la igualdad. Atender únicamente a la autonomía también puede hacer invisibles las múltiples formas de violencia que sufren las mujeres en las sociedades patriarcales.

Para una comprensión más integral, se detalla diferentes aspectos clave, puesto que el aborto como cuestión de igualdad puede entenderse de tres maneras. Palacios Zuloaga (2021) indica de manera crítica las cuestiones argumentativas. Primero, la falta de acceso a los servicios de aborto es producto de la discriminación estructural que enfrentan las mujeres en la sociedad. Esta discriminación estructural crea desequilibrios de poder que oprimen a las mujeres de muchas maneras, una de las cuales es la incapacidad de controlar sus vidas reproductivas o de tomar decisiones sin obstáculos sobre la reproducción. Una de las muchas formas en que

opera esta opresión estructural es la proliferación de estereotipos de género que rodean el papel de las mujeres como madres, ante todo, estereotipos que influyen en las decisiones tomadas por legisladores, formuladores de políticas y profesionales médicos al regular el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. derechos.

Para añadir, Palacios Zuloaga (2021) señala en segundo lugar, en la mayoría de las sociedades alrededor del mundo la maternidad está asociada con niveles más altos de pobreza. Las mujeres que tienen hijos tienden a tener ingresos más bajos, progresan menos y más lentamente en sus carreras y trabajan más horas que los hombres, y que las mujeres que no tienen hijos. La brecha de género que existe entre hombres y mujeres como resultado de la opresión estructural mencionada anteriormente se ve exacerbada por la maternidad. Si bien se trata de un problema que, en cualquier caso, requiere medidas urgentes por parte de todos los Estados, obligar a las mujeres embarazadas a Que las personas continúen con embarazos que no quieren continuar también las obliga a soportar cargas sociales y económicas desproporcionadas que pesan sobre las madres, lo que agravaría la discriminación que ya experimentan como mujeres. Una tercera forma, más limitada, de entender la denegación de servicios de aborto como discriminación es que a los hombres cisgénero no se les niega sistemáticamente ningún servicio de atención médica.

Hay que considerar que no existe igualdad en el acceso a la despenalización del aborto. Siegel & Salazar (2022) concluye que como resultado de la decisión de la Corte, ninguna mujer en Ecuador que haya sido violada puede ser procesada penalmente por interrupción de un embarazo. Sin embargo, la Corte Constitucional de Ecuador reconoció que, así como la criminalización no actúa por sí sola para prohibir el acceso al aborto, la despenalización por sí sola no garantiza su acceso. La Corte reconoció además su falta de legitimidad democrática para regular el aborto y ordenó que se creara una ley para proteger este derecho.

Para analizar la igualdad, desde el contexto jurídico y social se trazan algunos planteamientos. Gamboa-Vargas & Verdezoto-Toaza (2021) manifiestan que la dimensión liberal, la igualdad responde a la necesidad de aplicación a nivel jurídico, por lo que su concepción como principio se plasma en las normas jurídicas que no deben diferenciarse de otras normativas, al menos que estén adecuadas y

suficientemente justificadas. En la dimensión social, en cambio se busca eliminar las profundas desigualdades de la sociedad, con el fin de que los grupos con mayores desventajas puedan tener las mismas oportunidades que los otros ciudadanos. “La dimensión democrática sustituye derecho de los ciudadanos a participar en las mismas condiciones en el ejercicio y distribución de los poderes públicos” (Gamboa-Vargas & Verdezoto-Toaza, (2021).

En la actualidad, es fundamental discutir las concepciones presentes acerca del aborto desde una perspectiva de Derechos Humanos a nivel integral. Para Gamboa-Vargas & Verdezoto-Toaza, “desde el campo de los derechos reproductivos y sexuales, autonomía corporal, los roles estatales, las distintas formas de objeción de conciencia y relación con el sistema de salud, así como el modelo específico de la interrupción voluntaria del embarazo” (2021). Se contempla en la normativa vigente en el Ecuador, forman parte de las concepciones de las cuales se debe conocer y evaluar las similitudes y diferencias desde la perspectiva de género, la igualdad y la no discriminación.

En los países de América Latina, los avances son significativos en materia de salud sexual y reproductiva en sus jurisprudencias para tratar de manera más adecuada la temática y respetar los derechos de las mujeres a nivel integral.

Las posiciones de los autores determinan la necesidad de analizar la importancia de la despenalización del aborto voluntario. Umaña, señala “no solo para salvaguardar los derechos fundamentales de las mujeres embarazadas que pueden ser vulnerados en lo relacionado a la despenalización del aborto y garantizar el respeto a la dignidad como persona al libre, desarrollo de su personalidad” (2017). La igualdad, no discriminación, sino también a la tutela efectiva de la unidad anterior al nacimiento.

En la actualidad es una necesidad los Estados analicen la temática de derechos humanos de manera integral, evaluándose la igualdad y no discriminación, desde el contexto jurídico y legal y las oportunidades que tienen siglo XXI, al tratarse temas tan críticos como despenalización del aborto del aborto, en casos específicos y en general como derecho para todas las mujeres sin ningún tipo de condición preestablecida.

Categoría Sospechosa

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019), en general, organismos internacionales, denominada como CIDH, plantea que en ejercicio de su mandato de protección derechos humanos en la región, ha establecido el contenido y el alcance de los motivos prohibidos discriminación determinados en el artículo 1.1. de la CADH relacionado al deber de respetar del Estado. De esta manera, ante una denuncia que constituya un trato de tipo discriminatorio según a la pertenencia, real o percibida de una persona o grupo a algunas de las categorías sospechosas. La Comisión ha establecido la presunción de incompatibilidad con la Convención Americana de Derechos Humanos.

En estos casos, se debe aplicar un escrutinio que sea estricto y una inversión de la carga de la prueba en cabeza del Estado. Cuando las distinciones están basadas en algunas de las categorías establecidas por el CIDH, de manera expresa en las cláusulas de no discriminación de los tratados internacionales de derechos humanos, hay consenso para medir la razonabilidad en sentido estricto. Por su naturaleza, esas categorías son consideradas “sospechosas”. Solo pueden invocarse de manera justificada con “razones de mucho peso” que deben analizarse de forma pormenorizada. Este análisis es la garantía que la distinción no se base en los prejuicios o estereotipos basado en el sexo y el género que rodean las categorías sospechosas. Al considerarse estos preceptos en un caso judicial, tras presentarse la distinción de esta naturaleza, la carga de la prueba recae sobre el Estado y los criterios generales deben evaluarse de forma calificada de manera que “no es suficiente que el Estado argumente la existencia de fin legítimo, sino que el objetivo que se persigue con la distinción debe particularmente ser importante o necesidad social imperiosa y necesario para lograr dicho fin” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019). Asimismo, para cumplir con el requisito de proporcionalidad debe argumentarse “la existencia de un balance adecuado de intereses en términos de grado de sacrificio y grado de beneficio” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

CAPÍTULO SEGUNDO: ESTUDIO DE CASO

Temática a ser abordada

El presente trabajo de titulación tiene como fin analizar la sentencia No. 34-19-IN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, en la que se declaró inconstitucional el artículo 150, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal referente a la penalización del aborto de las mujeres víctimas de violación.

Puntualizaciones metodológicas

El presente trabajo de titulación, se lo realizará bajo la metodología de análisis de caso, específicamente, el análisis de la sentencia No. 34-19-IN/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador. En concordancia a la línea de investigación, el enfoque empleado será el cualitativo, ya que el mismo nos ayuda a explorar nuestro campo de estudio a profundidad en base a los datos recopilados de diferentes textos educativos, jurisprudencia y doctrina empleada para el caso.

Además, el alcance empleado es el descriptivo, el cual, nos ayudará a entender las causas a las que llevaron a realizar la demanda de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, porque la Corte tomó la decisión adoptada y si las medidas de reparación son suficientes para el presente caso en concreto.

En este análisis de sentencia, se emplea el método de caso, en el cual se pretende analizar una ley determina frente a un caso concreto, siguiendo los puntos de orientación otorgados por la Universidad.

En primer lugar, se realizará un análisis de los problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional que motivaron al desarrollo del análisis de la presente sentencia, y así, además, analizar los principales argumentos de la Corte que fortalecieron la decisión final.

Antecedentes del caso concreto

La despenalización del aborto por violación ha sido uno de los debates más amplios que se ha generado en los últimos años en la sociedad; porque se discute el derecho de mujeres que han sido víctimas de violación para tomar la decisión de interrumpir el embarazo; más sin embargo el marco legal, precisamente el Código Orgánico Integral Penal (COIP) castiga a las mujeres que “no padezcan una

enfermedad mental” y que hayan sido “víctimas de violación” por realizar la práctica del aborto.

Es así como, para el análisis del presente caso se debe tomar en cuenta los dos principales artículos que fueron precedentes y punto de partida para llegar al análisis de una acción de inconstitucionalidad, la cual fue planteada por varias mujeres por sus propios derechos y en calidad de representantes de diferentes colectivos femeninos, que defienden los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos.

En la actual norma penal, que rige en el Ecuador desde el año 2014, que es el Código Orgánico Integral Penal COIP, en sus artículos 149 y 150.2 se establece lo siguiente:

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. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 149).

Con esto se puede entender que, en el Ecuador se sanciona a las mujeres que practiquen un aborto, es decir, el aborto consentido ejecutado por parte de las mujeres y las personas que ayuden a realizarlo, tienen una pena privativa de libertad.

Y, por otro lado, también se ha tomado como punto de análisis lo establecido en el artículo 150 numeral 2 del COIP que establece lo siguiente:

Art. 150.- Aborto no punible. - El aborto practicado por un médico u otro profesional de la salud capacitado, que cuente con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o su representante legal,

cuando ella no se encuentre en posibilidad de prestarlo, no será punible en los siguientes casos (Código Orgánico Integral Penal, 2014):

2. Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 150, numeral 2).

El presente artículo es objeto de análisis, porque los argumentos presentados por las y los accionantes de las diferentes acciones de inconstitucionalidad planteadas, se relacionan a que la frase “que padezca de discapacidad mental”; en relación con el aborto no punible en nuestro país, es discriminatorio para todas las mujeres, niñas y adolescentes, que no tienen una discapacidad mental y han sido víctimas de una violación.

Por esa razón, diferentes colectivos de mujeres han presentado acciones de inconstitucionalidad por los artículos 149 y 150 numeral 2 del COIP, con el fin que la Corte, cómo órgano máximo de control e interpretación constitucional de nuestro país, realicé el análisis correspondiente de la constitucionalidad de las normas.

La presente sentencia, contempla siete casos considerados como “acumulados” del primer caso que se planteó a la Corte Constitucional y que fue identificado como 34-19-IN y los otros seis casos que fueron planteados más tarde ante la Corte identificados como: 105-20-IN, 109-20-IN, 115-20-IN, 23-21-IN, 25-21-IN, 27-21-IN) los que se determina “acumulados”, por lo que, con objeto de análisis, es importante describir cada caso, identificar los accionantes y resaltar los principales fundamentos que se posesionaron en las acciones de inconstitucionalidad planteadas ante la Corte Constitucional.

Caso No. 34-19-IN

El presente caso, fue el primero en ser presentado el 30 de julio de 2019, ante la Corte Constitucional como una Acción de Inconstitucional, reconocida por sus siglas (IN). Las accionantes fueron: Miriam Elizabeth Ernest Tejada, Olga Virginia Rosalía Gómez de la Torre Bermúdez y Katherine Alexandra Obando

Velásquez, por sus propios y personales derechos y como parte de la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, la Fundación Desafío y del Frente Ecuatoriano por la Defensa de los Derechos Sexuales y Derechos Reproductivos.

La acción de inconstitucionalidad se fundamentaba en contra de los artículos 149 y 150 del COIP. Con el fundamento de que en el artículo 149 del COIP, debería incluirse la frase “excepto en casos de violación, incesto, malformación grave del feto y embarazo por inseminación forzada”; además de que consideran inconstitucional la frase “que padezca de discapacidad mental”, contemplada en el artículo 150, numeral 2 del COIP.

En este caso, se fundamentó que las disposiciones constitucionales presuntamente infringidas son las contenidas en el sexto capítulo de la CRE, denominado Derechos de Libertad, en su artículo 66 y los numerales 2,3 (literales a y b),4,5,6,9 y 10, el cual establece lo siguiente:

Tabla 6

Derechos reconocidos en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador.

| Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: |
|---|
| 2. El derecho a una vida digna, que asegure la salud, alimentación y nutrición, agua potable, vivienda, saneamiento ambiental, educación, trabajo, empleo, descanso y ocio, cultura física, vestido, seguridad y otros servicios sociales necesarios. |
| 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en |

| |
|---|
| situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. |
| 4. Derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación. |
| 5. El derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin más limitaciones que los derechos de los demás. |
| 6. El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones. |
| 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras. |
| 10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir de la Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Además de sustentar su fundamento en la norma citada, en este caso se alegó que la acción de inconstitucionalidad planteada en contra de las normas penales, son contrarias a la Constitución, sino que además son contradictorias y vulneran derechos protegidos de Instrumentos Internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, específicamente en seis instrumentos y de los cuales Ecuador se ha ratificado sobre ellos.

En primer lugar, se alega que las normas del 149 y 150.2 del COIP vulneran la interpretación por la Convención Americana sobre Derechos Humanos CADH, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en los casos de Artavia Murillo vs Costa Rica y Rosendo Cantú y otra vs México, específicamente en el artículo 4, numeral 1 de la CADH. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, art.4).

También se reconoce la vulneración de la recomendación general No. 35 acerca de la violencia por razones de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general No. 19 del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la mujer de 26 de julio de 2017.

Se ha considerado vulnerado la última observación de las observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el tercer informe periódico de Ecuador, de fecha 30 de noviembre de 2012 en la sesión No. 58.

Así como se contempla vulneradas las últimas observaciones finales del Comité de los Derechos Humanos, sobre el sexto informe periódico del Ecuador, de fecha 11 de julio de 2026, correspondiente a la sesión No. 3294.

Además de, la última observación contenida en las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Ecuador, aprobados el 29 de septiembre de 2017 en su sesión No. 2251.

Por último, se alegó la vulneración a la última observación de las observaciones finales del Comité contra la Tortura sobre el séptimo informe periódico del Ecuador en la sesión 1490, que fue celebrada el 28 de noviembre del año 2016.

Los principales argumentos de la acción de inconstitucional planteada se basa en que las normas impugnadas violan derechos como: el derecho a una vida digna ya que las violaciones y los incestos constituyen irrupciones graves en la vida y en la integridad de la mujer; el derecho a la integridad personal, sosteniendo que cuando una mujer sufre de violación e incesto existen graves secuelas como sentimientos de rechazo, vergüenza y culpa; el derecho al libre desarrollo de la personalidad, alegando que todas las personas son soberanas de sí mismas y tienen la libertad de elegir sobre su vida; el derecho a la igualdad formal y material, argumentando que las leyes impugnadas, discriminan a la mujer en diferentes dimensiones.

Caso No. 105-20-IN

El segundo caso, fue planteado con una Acción de Inconstitucionalidad el 10 de noviembre de 2020, planteado por mujeres en representación de diferentes colectivos como: El Centro de Apoyo y Protección de los Derechos Humanos SURKUNA; La Organización Internacional No Gubernamental Amazon Frontlines; la Comisión Ecuémica de Derechos Humanos CEDHU; el Movimiento de Mujeres del Oro y, la Fundación Lunita Lunera.

En este caso, se alegó que la norma penal contemplada en el artículo 150.2 del COIP, específicamente en la frase de “que padezca incapacidad mental” es inconstitucional ya que es contraria a los derechos reconocidos en los artículos 32 y 66 de la Constitución.

El artículo 32 de la Constitución (2008), manifiesta que:

Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 32).

Referente a la norma citada, en el caso fundamentaron que se vulnera el derecho a la salud, ya que en casos de violación al momento de abortar se genera una traba innecesaria en contra de las mujeres como la restricción de servicios de

salud reproductiva y en consecuencia, las mujeres que sufrieron una violación y desean interrumpir el embarazo, son obligadas a buscar servicios de clandestinidad los cuales se configuran como sitios inseguros que exponen a las mujeres a daños irreparables en su integridad y en su salud; tomando en consideración que muchas veces estos lugares clandestinos traen consigo consecuencias muy graves como la muerte.

Así como los derechos reconocidos en el artículo 66 de la Constitución (2008), relacionados a los derechos de Libertad, reconoce y garantiza los siguientes derechos:

Tabla 7

Derechos vulnerados en el artículo 66 de la CRE (2008) según los argumentos del caso No. 105-20-In.

| NUMERAL | DERECHOS VULNERADOS |
|----------|--|
| 66.1 | Derecho a la vida |
| 66.2 | Derecho a la vida digna |
| 66.3 | Derecho a la integridad personal |
| 66.4 | Derecho a la igualdad formal y material y a la no discriminación |
| 66.5 | Derecho al libre desarrollo de la personalidad |
| 66.9 | Derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre sexualidad, vida y orientación sexual |
| 66.10 | Derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener |
| 66.20 | Derecho a la intimidad Personal y familiar |
| 66.29. A | Derecho a la dignidad y a la personalidad |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir de la Constitución del Ecuador de 2008.

Los principales argumentos en este caso, en referencia al artículo 66 de la CRE, se resumieron en que existen vulneraciones a los derechos como el derecho a

la igualdad formal y material y a la no discriminación, alegando la existencia de una incompatibilidad legal en referencia al artículo 150.2 debido a que las mujeres, niñas y adolescentes, tienen capacidad para abortar por haber quedado embarazadas por el producto de una violación y no sólo las mujeres que padecen de discapacidad mental; el derecho a la vida ya que el Estado conoce el riesgo inminente e inmediato de la vida de las mujeres, niñas y adolescentes que han sido víctimas de una violación; vulneración al derecho a una vida digna, argumentando que la norma impugnada restringe a las mujeres a los servicios de salud seguros, expone a las mujeres a riesgos que pueden ser prevenidos y sobre todo que limita a las mujeres a decidir sobre su vida y reproducción.

Adicional, en este caso es importante resaltar que se hace mención del principio de trato prioritario recogido a favor de los niños, niñas y adolescentes, en concordancia con el derecho que tienen las personas víctimas de violencia sexual a una atención prioritaria; alegando así el interés superior de los menores de edad que se encuentra garantizado en la CRE.

Caso No. 109-20-IN

Esta Acción de Inconstitucionalidad fue planteada el 18 de noviembre de 2020, por un grupo de mujeres en representación de la Organización Mujeres por el Cambio; María Fernanda Chalá Espinoza, Doménica Camila Aguirre Macas y Catherine Mayte González Silva, por sus propios derechos; y, Edgar Paúl Jácome Segovia, director ejecutivo de la Fundación Kintiñan para la Defensa de los Derechos Humanos y la Naturaleza en el Ecuador.

Los accionantes fundamentaron que el artículo 150, numeral 2 del COIP es contrario a lo determinado en los artículos 3.1, 11, 48.7, 66.3.a, 84 y 424 de la Constitución de la República del Ecuador; además de las observaciones que han sido realizadas por los diferentes comités de las Naciones Unidas.

Tabla 8

Artículos de la CRE (2008) contradictorios al art 150.2 del COIP (2014). Caso No. 109-20-IN

| ARTÍCULOS DE LA CRE CONTRADICTORIOS AL ART 150.2 DEL COIP CASO NO. 109-20-IN | |
|---|---|
| ARTÍCULO | COMENTARIO |
| <p>Art. 3.- son deberes primordiales del Estado:</p> <p>1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes.</p> | <p>Se contempla como uno de los deberes fundamentales del Estado, el garantizar los derechos de la CRE y de los instrumentos internacionales, es decir las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, sin ninguna discriminación</p> |
| <p>Art. 48.- El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren:</p> <p>7. La garantía del pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. La ley sancionará el abandono de estas personas, y los actos que incurran en cualquier forma de abuso, trato inhumano o degradante y discriminación por razón de la discapacidad</p> | <p>Este artículo se encuentra en el capítulo tercero de la Norma suprema, el cual contempla Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria y, en consecuencia, en la sección sexta se contempla como grupo de atención prioritaria a las con discapacidad,</p> |
| <p>Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:</p> | <p>Este artículo, que trata acerca de los derechos de libertad, es el fundamento esencial que alegaron</p> |

| | |
|---|--|
| <p>3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual</p> | <p>todos los casos de la presente sentencia que es objeto de análisis</p> |
| <p>Art. 84.- La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.</p> | <p>Este artículo, enfatiza la obligación que tiene la Asamblea Nacional del Ecuador, como el primer poder del Estado, en adecuar todas las normas jurídicas en armonía con el bloque de constitucionalidad, la CRE y los tratados internacionales a fin de garantizar la dignidad de las personas.</p> |
| <p>Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.</p> <p>La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.</p> | <p>Este artículo contempla el principio de la Supremacía Constitucional, en la cual, la CRE es la norma suprema que prevalece sobre las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico ecuatoriano.</p> |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir de la Constitución del Ecuador, 2008).

Dentro de este caso, los accionantes realizaron un test de razonabilidad sobre el trato desigual alegando que el mismo prevalece en la norma penal impugnada, tomando como punto de análisis 3 parámetros que debe contener el trato desigualdad: adecuación, necesidad y proporcionalidad.

Acerca del primer parámetro, el cual analiza si el trato desigual es adecuado, fundamentaron que la adecuación a un fin inconstitucional no es aceptable y que los tratos diferenciados carecen de razón y caen en la discriminación.

Respecto al segundo parámetro de necesidad, fundamentaron lo establecido en el artículo 11.2 de la Constitución (2008), el cual establece que:

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

2. “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, numeral 2).

Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, numeral 2).

“El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11, numeral 2).

Es así como los accionantes manifestaron que las distinciones sobre los derechos establecidos en la CRE se encuentran prohibidos. Por ende, las mujeres alegan que existe una distinción entre las mujeres que padecen una discapacidad mental y las que no, al momento de que ellas quieran ejercer el derecho de libertad reproductiva, dignidad humana, integridad física y personal, salud, entre otros.

Finalmente, respecto al parámetro de proporcionalidad, han alegado que se atenta contra los principios de dignidad humana, libertad sexual y reproductiva, integridad física y sexual de las niñas, adolescentes y mujeres, frente al trato desigual que se encuentra contemplado en la norma penal y que tiene como fin la eugenesia.

Caso No. 115-20-IN

Con fecha 10 de diciembre de 2020, se presenta una Acción de Inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP, por parte de un grupo de mujeres en representación del Cabildo de las Mujeres del cantón Cuenca y representantes del colectivo BOLENA Género y Diversidades.

Uno de los principales argumentos de este caso, fue que la norma impugnada, vulnera el principio de igualdad y no discriminación que se encuentra contemplado en el artículo 11, numeral 2 de la CRE, ya que se identifica una distinción no razonable basada en la discapacidad frente a las mujeres con discapacidad y las personas con discapacidad en general.

Además, los accionantes alegaron que la distinción sobre la discapacidad es prohibida conforme lo establece el artículo 11 de la CRE, y por ende también es inconstitucional, y no ha existido por parte del Estado razones suficientes que justifiquen la distinción referida.

Otro de los principales argumentos de este caso, fue analizar la norma impugna a través de un test de igualdad en base a los parámetros de adecuación, necesidad y proporcionalidad, se alegó que el artículo 150.2 del COIP contiene un

fin eugenésico ya que las causales de la despenalización del aborto se han mantenido vigentes desde el COIP de 1938; lo único que ha cambiado dentro de la norma penal es que se modificaron los términos de “idiota” a “demente”.

Los accionantes que plantearon la acción llegaron a la conclusión a través del texto de igualdad, que la norma impugnada no cumple con los parámetros por lo que es inconstitucional ya que se vulnera el principio de igualdad y no discriminación por contemplar una distinción arbitraria a la frase “mujeres que padezcan discapacidad mental”.

Caso No. 23-21-IN

El 11 de marzo del 2021, Freddy Carrión, en calidad de Defensor del Pueblo y tres funcionarios públicos más en representación de tres departamentos especiales de la Defensoría del Pueblo (DEP), plantaron ante la CCE, una Acción de Inconstitucionalidad en contra del numeral 2, artículo 150 del COIP.

Entre los principales argumentos que planteó la DEP, se alegó que la norma impugnada, es contrario al principio de igualdad y no discriminación que se encuentra contemplada en el artículo 11 numeral 2 de la CRE y los derechos a la libertad, contemplados en el artículo 66 de la CRE.

Tabla 9

Derechos Vulnerados del art. 66 la CRE (2008) según los argumentos del caso No. 23-21-IN

| NUMERAL | DERECHOS VULNERADOS |
|-------------|--|
| 66.2 | Derecho a la vida digna. |
| 66.3 | Derecho a la integridad personal Literales: a,b,c a) La integridad física, psíquica, moral y sexual. b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de |

| | |
|--------------|---|
| | desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. |
| | c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes. |
| 66.4 | Derecho a la igualdad formal y material y a la no discriminación. |
| 66.5 | Derecho al libre desarrollo de la personalidad. |
| 66.9 | Derecho a tomar decisiones libres e informadas sobre sexualidad, vida y orientación sexual. |
| 66.10 | Derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuantas hijas e hijos tener. |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir de la Constitución del Ecuador, 2008).

Adicional, los accionantes del caso, argumentaron que existe una distinción irracional en la frase “en una mujer que padezca de discapacidad mental” contenida en el artículo 150, numeral 2 del COIP, ya que existe una notable distinción entre las mujeres con discapacidad y las mujeres sin discapacidad. Según los accionantes, esta distinción genera una conducta penalmente punible que convierte la reproducción en una carga desproporcionada que afecta directamente a las mujeres.

En consecuencia, la postura de los accionantes sobre la norma impugnada se basó en analizar a la mujer como víctima del sistema y del Estado. Ya que, cuestionan además la sanción punitiva contemplada en el COIP, como discriminatoria, debido a que protege sólo a las mujeres víctimas de violación que tengan discapacidad y no a todas las mujeres víctimas de violación. Afirman que el Estado debería proteger a todas las víctimas de violación y además garantizar una justa reparación integral y no lo que el Estado hace, que las víctimas de violación estén sujetas a un delito penal, por interrumpir un embarazo no deseado que ha sido producto de una acción que atenta contra los derechos humanos, la violación.

Dentro del caso citado, se analizó la discriminación existente en el artículo 150.2 del COIP, de dos formas, la discriminación de forma directa y la discriminación de forma indirecta. Dentro del primer caso, argumentaron que existe

una discriminación en contra de las personas con discapacidad intelectual, ya que se ha implementado un criterio no razonable con un fin ilegítimo ya que se impide a otras mujeres sin discapacidad a decidir sobre la interrupción del embarazo no deseado, consecuencia del sufrimiento de una violencia sexual; y por otro lado, se identificó una discriminación indirecta en contra de las mujeres con discapacidad ya que se considera que la norma impugnada refuerza los estereotipos de incapacidad sobre la toma de decisiones de estas mujeres sobre su vida sexual y reproductiva.

Y, por último, acerca de la maternidad forzada la DEP enfatizó sus argumentos en mencionar que, con la vigencia de la norma impugnada, se refuerza la idea de que el aborto es un asesinato en base a la idealización de la maternidad como instinto, destino manifiesto e inclinación natural de las mujeres. Por otra parte, la norma impugnada obliga a una maternidad no deseada y somete a las mujeres víctimas de violación a una violencia sexual tortuosa.

Caso No. 25-21-IN

Con fecha 22 de marzo de 2021, se presenta una Acción de Inconstitucionalidad en contra del artículo 150, numeral 2 del COIP. La parte accionante se identifica como Lita Martínez Alvarado, en calidad de directora ejecutiva del Centro Ecuatoriano para la Promoción y Acción de la Mujer CEPAM.

La parte accionante solicitó a la CCE que se declaré inconstitucional la norma impugnada ya que la misma es contraria a los derechos contemplados en la Constitución del Ecuador, específicamente en los artículos 35, el numeral 4 del artículo 46 y en el artículo 66 numeral 3, literal b y c.

Tabla 10

Artículos de la CRE (2008) contradictorios al art. 150, numeral 2 del COIP, según los argumentos del caso No. 25-21-IN.

| ARTÍCULOS DE LA CRE CONTRADICTORIOS AL ART 150.2 DEL COIP CASO NO. 25-21-IN | |
|--|---|
| ARTÍCULO | COMENTARIO |
| Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. | Este artículo se encuentra en el Capítulo tercero de la CRE y se encuentra titulado cómo: Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. En la misma se destaca que son grupos de atención prioritaria las niñas, los niños y adolescentes, así como mujeres embarazadas; y, recibirán atención prioritaria tanto en el ámbito público como en el privado. Además, se aduce que personas en víctimas de violencia doméstica y sexual recibirán atención prioritaria por parte del Estado, sobre todo aquellas personas que recaigan en condición de doble vulnerabilidad. |
| Art. 46.- El Estado adoptará, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes: 4. Protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o | Este artículo, al igual que el artículo 35, se encuentra en el Capítulo tercero denominado Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria. Además, se encuentra establecido en la Sección quinta del capítulo que |

| | |
|---|--|
| <p>contra la negligencia que provoque tales situaciones.</p> | <p>lleva el nombre de: Niñas, niños y adolescentes.</p> <p>En este artículo se contempla la protección de los menores por parte del Estado y el deber de brindar atención en todo tipo de violencia.</p> |
| <p>Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:</p> <p>3. El derecho a la integridad personal, que incluye:</p> <p>b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.</p> <p>c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.</p> | <p>Este artículo, se encuentra en el sexto capítulo, que trata acerca de los derechos de libertad.</p> <p>Este artículo destaca que el derecho de la integridad se relaciona con la vida libre de violencia tanto en el público y privado y prioriza la eliminación y la sanción de la violencia que ha sido ejercida en contra de mujeres, niñas, adolescentes y mujeres.</p> |

Nota: Gómez (2023). Adaptado a partir de la Constitución del Ecuador, 2008).

En base a los artículos citados, la parte accionante alegó tres principales argumentos:

El primero se basa en el embarazo no deseado como consecuencia de violación sexual en contra de una mujer independientemente de aptitud física o mental. Este embarazo no deseado, puede tornarse como una nueva forma de tortura en referencia a que la mujer debe enfrentar un sistema judicial revictimizante ya

que obliga a la mujer a gestar obligatoriamente, tras haber sufrido un hecho violento.

El segundo argumento, es acerca de que las restricciones de acceder al aborto por parte de mujeres, niñas y adolescentes que han sufrido violencia sexual, generan situaciones de riesgo en contra de la vida de las propias mujeres o incluso a nuevos sufrimientos en su integridad física y su salud mental.

Por último, aseveran que en el artículo 150.2 del COIP, se produce una discriminación en contra de mujeres, niñas y adolescentes que han sufrida violencia sexual que no padecen una discapacidad, frente a las que sí lo padecen. Por lo que, esta disminución genera pone en desventaja a las víctimas de violencia sexual, al momento de acceder a la justicia.

Caso No. 27-21-IN

Con fecha 08 de abril del 2021, se presentó una Acción de Inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. Las accionantes, fueron un grupo de mujeres que actuaban por sus propios derechos y dos representantes del Observatorio de Derechos y Justicia y la Red de Mujeres Constitucionalistas del Ecuador.

Dentro del caso planteado, las accionantes sostuvieron que la norma impugnada, constituía un trato discriminatorio, injustificado e irrazonable en contra de las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violación y para demostrarlo, ejecutaron un examen de proporcionalidad para analizar sobre la distinción generada entre las mujeres que padecen una discapacidad mental y las que no.

Dentro del test, fundamentaron que las normas que tipifican el aborto tienen como fin la protección de la vida desde la concepción. sin embargo, el fin que se persigue es incompatible con el marco constitucional ya que si bien el legislador fomenta la protección del derecho al embrión a la vida, al mismo tiempo fomenta una disposición que carece de idoneidad ya que la misma, no cumple con el fin que es la protección de la vida; porque las mujeres que han sufrido de una violencia sexual y que no padecen discapacidad, están obligadas a acudir a cometer un aborto clandestino, insalubre y riesgosos que atenta contra la integridad de las mujeres.

Finalmente, dentro de la Acción planteada, enfatizaron en que en los instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad del Estado ecuatoriano, se generan varias obligaciones que deben cumplirse en los Estados parte, para la despenalización del aborto en casos de violación para todas las mujeres.

Además, la Corte dispuso la intervención de la Asamblea Nacional, la Presidencia de la República del Ecuador y la Procuraduría General del Estado, para que se pronuncien sobre los casos planteados a través de la Acción de Inconstitucionalidad que se generó en contra de los artículos 149 y 150 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal para conocer la posición del Estado acerca de la norma impugnada y así, continuar con el proceso correspondiente en la Corte Constitucional del Ecuador.

Argumentos de la Asamblea Nacional del Ecuador (AN)

Con fecha 20 de marzo de 2020, Santiago Salazar Armijos, en calidad de Procurador Judicial de la Asamblea Nacional del Ecuador, presentó un escrito de pronunciamiento ante los casos de la Acción de Inconstitucionalidad, en contra de los artículos 149 y 150 del COIP. El procurador, sustentó las razones por las que los legisladores respaldaron a limitar el acceso al aborto en casos de violación.

El argumento central, se basó en sustentar que “la violación es un acto repudiable, el aborto es un acto también repudiable que limita el derecho de una persona que no puede decidir por sí misma”. La AN, alegó que, en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, se protege la vida desde la concepción, sobre todo en nuestra Norma suprema y la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

En la Constitución del Ecuador (2008) en el artículo 45, establece lo siguiente:

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

niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 45).

El fundamento central de la mayoría de los legisladores de la AN, según lo afirmó el procurador del primer poder del Estado, se basaba en preservar la idea de que el ser humano es persona desde el momento de la concepción, como lo acoge el artículo citado. Por lo que, si el feto goza de la protección del derecho a la vida, no se puede obligar al legislador a buscar la protección de este bien jurídico protegido porque sería redundante, ya que dicha protección ya se establece en el primer inciso del artículo 45 de la CRE y en el numeral 1 del artículo 66 de la CRE, el cual manifiesta lo siguiente:

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

1. “El derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Mientras que el artículo 4, numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos manifiesta que:

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie

puede ser privado de la vida arbitrariamente (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019, art.4).

Pues entonces el procurador de la AN, recalca que tanto la CRE y los instrumentos internacionales, es decir el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, protegen la vida del ser humano desde su concepción, y para clarificar el artículo citado, se cita la sentencia de la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y Otros vs Costa Rica, lo cual alegó que la interpretación que realizó la Corte IDH sobre este caso, refiere a que todas las personas tienen derecho a que se respete su vida desde la concepción, incluso si es producto de una violación.

Por último, el procurador de la AN, afirmó que el artículo 150.2 del COIP, guarda armonía con lo que señala el artículo 35 de la CRE:

Capítulo tercero

Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 35).

En consecuencia, el procurador de la AN argumentó que la excepción que se encuentra prevista en el artículo 150.2 del COIP, “en una mujer que padezca de discapacidad mental”, guarda armonía con el artículo 45 de la CRE y el 4.1 de la CADH, ya que el fin es proteger a personas en situación de doble vulnerabilidad, es decir, mujeres con discapacidad mental y víctimas de violencia sexual.

Argumentos de la Presidencia de la República del Ecuador (PRE)

La presidencia de la República del Ecuador se pronunció en dos ocasiones sobre las Acciones de Inconstitucionalidad planteadas, el 11 de diciembre de 2019 y el 26 de abril de 2021, a través de la secretaria general jurídica de la Presidencia de la República (PRE), Johanna Pesantes Benítez, quién presentó ante la CCE los principales fundamentos por los que la PRE estaría en contra la declaración de inconstitucionalidad de las normas impugnadas.

En primer lugar, la secretaria jurídica de la PRE manifiesta que el análisis del artículo 150.2 del COIP se lo debe realizar tomando en consideración los artículos 45 de la CRE y el artículo 4.1 de la CADH (herramientas jurídicas que ya fueron citadas), es decir, que emplearon la misma base normativa que el procurador de la AN, para respaldar sus argumentos.

Además, la secretaria jurídica de la PRE alegó que se debe analizar el artículo 93 de la CRE y el 52 de la LOGJCC, frente a la exigencia de la aplicabilidad directa de las recomendaciones que se han generado en distintos informes de los Comités de Derechos Humanos, que fue propuesta por las accionantes de las Acciones de Inconstitucionalidad en el caso 34-19-In y los casos acumulados.

Respecto a lo manifestado, el artículo 93 de la CRE, hace referencia a la Acción por Incumplimiento y en referencia a lo que alegó la secretaria jurídica de la PRE, se establece que la acción por incumplimiento tiene como objetivo principal, el cumplir con los informes de organismos internacionales de Derechos Humanos, es así como la norma constitucional, reza lo siguiente:

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 93).

Mientras que, el artículo 52 de la LOGJCC, de igual forma, reza sobre la Acción de por Incumplimiento y manifiesta que:

Art. 52.- Objeto y ámbito. - La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009, art. 52).

En consecuencia, sobre las normas citadas, la secretaria jurídica de la PRE alegó que, las recomendaciones internacionales que fueron fundamentadas e invocadas por las accionantes, “son parte del monitoreo de cumplimiento de convenciones del Sistema Universal” por ende su característica recae precisamente en ser actos de naturaleza recomendatoria.

La funcionaria alegó además que, la pretensión de modificar la legislación vigente en la que se encuentra contemplado el aborto, no es viable ya que los cambios normativos que se pretendan realizar deben generarse a partir del proceso legislativo correspondiente, como lo contempla el artículo 132 y subsiguientes de la CRE.

Por lo cual, para entender los fundamentos planteados por parte de la PRE, es importante citar la norma Constitucional que reza sobre los efectos jurídicos que produce la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre las leyes objetadas por la presidenta o presidente de la República del Ecuador, y manifiesta lo siguiente:

Art. 132.- Efectos de la sentencia de la Corte Constitucional. - La sentencia de la Corte Constitucional producirá los siguientes efectos jurídicos:

1. Cuando declare la constitucionalidad del proyecto, la Asamblea Nacional deberá promulgarlo y ordenar su publicación. No se podrá demandar la constitucionalidad de la ley promulgada mientras permanezcan los fundamentos de hecho y de derecho de la declaratoria. (Constitución de la República del Ecuador, 2008 art. 132, numeral 1).

2. “Cuando se declara la inconstitucionalidad parcial, la Asamblea Nacional deberá reformular el proyecto de ley para adecuarlo a los términos previstos en la sentencia” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 132, numeral 2).

3. “Cuando se declara la inconstitucionalidad total, el proyecto deberá ser archivado hasta tanto desaparezca el fundamento de hecho o de derecho de la sentencia” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 132 numeral 3).

Argumentos de la Procuraduría General del Estado (PGE)

Con fecha 12 de diciembre de 2019, Marco Antonio Proaño Durán, en calidad de director nacional de patrocinio y delegado por el Procurador General del Estado, expuso los principales argumentos de la PGE sobre las normas impugnadas ante la CCE.

Uno de los principales argumentos de la PGE, fue que, dentro de los fundamentos de las Acciones de Inconstitucionalidad, planteadas en contra del artículo 149 y 150.2 del COIP son difusos e imprecisos, en especial cuando las accionantes alegan sobre mal formaciones del feto, ya que el mismo ya se encuentra contemplado en el inciso 1 del artículo 150 del COIP, que reza lo siguiente:

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

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. (Código Orgánico Integral Penal, art 150, numeral 1).

Es decir que, según la PGE, las mujeres tienen la posibilidad de recurrir a la interrupción del embarazo, cuando la salud de la mujer se encuentre en peligro.

Por otro lado, como parte de sus argumentos, precisó que es importante que la CCE tome en consideración que, si bien las accionantes han fundamentado su pretensión en diferentes posturas, entre ellos la conducta del incesto, misma conducta que no se encuentra tipificada en el COIP, por lo cual, la CCE no podría pronunciarse sobre una conducta que no se encuentra contemplada en la ley penal.

Adicional, se pronunció sobre las recomendaciones y observaciones que recogen los distintos organismos internacionales. Y, al igual que los argumentos propuestos por la PRE, la PGE, alegó que tales recomendaciones y observaciones, no son de cumplimiento obligatorio por parte del Estado, ya que sólo poseen un carácter referencial.

Según lo acotado, el artículo 424 de la CRE, manifiesta que:

Art. 424.- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424).

“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424).

En la misma línea argumentativa, el delegado de la PGE manifestó que, no es viable que las recomendaciones y las observaciones que han sido realizadas por parte de los organismos internacionales pretendan prevalecer sobre la Corta Magna, más aún cuando estos organismos internacionales no tienen definida una línea de

trabajo concreto y que dentro de los propios organismos internacionales, prevalezca la existencia de posturas polarizadas, como es el específico caso de las Naciones Unidas.

Finalmente, el delegado de la PGE realizó énfasis en el deber que tiene el Estado ecuatoriano de garantizar la política de salud y la responsabilidad de brindar servicios de salud sexual y reproductiva para proteger la vida y la salud de las mujeres. Además de garantizar con mayor rigor, lo determinado en el artículo 45 de la CRE, con el fin de proteger y garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes desde su concepción.

Procedimiento ante la Corte Constitucional del Ecuador

Con fecha 30 de julio de 2019, se presentó ante la Corte Constitucional del Ecuador, una acción de inconstitucionalidad, en contra de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal. Con fecha 18 de noviembre de 2019, la Sala de Admisiones de la CCE, avocó conocimiento de la Acción y la admitió a trámite. El proceso fue signado con el No. 34-19-IN

El 10 de noviembre de 2020, se presentó una Acción de Inconstitucionalidad con medidas cautelares, en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. La Sala de Admisiones de la CCE avocó conocimiento de la causa en abril de 2021. La causa fue identificada con el No. 105-20-IN.

EL 18 de noviembre de 2020 se presentó una Acción de Inconstitucionalidad, en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP. La Sala de Admisiones de la CCE, avocó conocimiento de la Acción el 11 de marzo de 2021 y la admitió a trámite. El proceso fue signado con el No. 109-20-IN.

Con fecha 10 de diciembre de 2020, se presentó ante la CCE, una Acción de Inconstitucionalidad en contra del artículo 150, numeral 2 del COIP. La Sala de Admisiones de la CCE, la admitió a trámite con fecha 03 de febrero de 2021. El caso fue identificado con el No. 115-20-IN y se ordenó su acumulación al caso No. 34-19-IN.

Con Fecha 11 de marzo de 2021, el Defensor del Pueblo y representantes de la Defensoría del Pueblo, presentaron ante la CCE, una Acción de

Inconstitucionalidad en contra del artículo 150, numeral 2 del COIP. la causa fue identificada con el N. 23-21-IN.

El 22 de marzo de 2021 presentaron ante la CCE, una Acción de Inconstitucionalidad, en contra del numeral 2, artículo 150 del COIP. el proceso fue signado con el No. 25-21-IN.

Y el último proceso, fue la Acción de Inconstitucionalidad en contra del numeral 2 del artículo 150 del COIP, presentada ante la CCE, el 08 de abril de 2021.

La Sala de Admisiones de la Corte Constitucional del Ecuador, avocó conocimiento de las causas No. 105-20-IN, 23-21-IN, 25-21-IN y 27-21-IN, las admitió a trámite y conformaron los “acumulados” del caso inicial, signado con el No. 34-19-IN. Además, con fecha 21 de abril de 2021, el Pleno de la CCE, aprobó la priorización de la causa y sus acumulados detallados.

Al ser un caso de importante análisis y un tema de importante incidencia social, salubre y de un cúmulo de derechos sociales y civiles a tratarse, se dio paso a los AMICUS CURIAE, para la intervención dentro de la causa, para que le otorgue al juez, mejores bases para resolver la Acción de Inconstitucionalidad. Fueron en total, ciento veintidós AMICUS CURIAE entre los que se identificaron 48 representantes de distintas organizaciones sociales, colectivos y organizaciones no gubernamentales. Y, 74 personas que presentaron sus AMICUS CURIAE por sus propios derechos.

Finalmente, la jueza que avocó conocimiento de la causa fue la doctora Karla Andrade Quevedo, con fecha 22 de abril de 2021.

Problemas jurídicos planteados por la Corte Constitucional

La CCE, para ejercer su labor de análisis constitucional, como el órgano más importante de interpretación jurídica de nuestro sistema judicial, aborda dos problemas jurídicos.

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

2. ¿El artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental?

Respecto a los problemas jurídicos citados, es importante referir que, la CC ha considerado en primer lugar, recurrir al análisis de la proporcionalidad de la pena, tema objeto de discusión y ante aquello, se plantea la primera interrogante, para considerar si la pena impuesta para las mujeres, que no cuenten con una discapacidad mental, que realicen un aborto y sean víctimas de violación, es una pena exagerada.

En segundo lugar, la CC tras realizar el análisis de la proporcionalidad de la pena, la Corte refiere su segundo problema jurídico para analizar precisamente sí, el artículo 150.2, que es objeto de estudio del presente caso, recae inexcusablemente en una norma contraria al derecho de igualdad y no discriminación.

Con los dos problemas jurídicos, la CC, ha considerado que los mismos, son el punto de partida para realizar su argumento jurídico que en lo posterior se considerará como precedente constitucional; sin embargo, al ser uno de los derechos más importantes al ser tratados, no sólo por el bagaje social y cultural que impulsa este debate en la ciudadanía, sino por los derechos contrapuestos en el mismo, no son suficientes los mismos para componer un argumento afanoso en el marco constitucional.

Argumentos centrales de la Corte Constitucional en relación con el derecho objeto de análisis

Como preámbulo, la Corte alegó que lo único que le corresponde determinar es que “sí la imposición de una sanción penal para las víctimas de violación sexual que no tienen una discapacidad mental es proporcional y compatible con la Constitución del Ecuador” (Constitución de la República del Ecuador, 2008); tomando en cuenta que, el artículo 76 de la CRE en su numeral 6, ha determinado que “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Es así como en el COIP, se ha mantenido como delito el aborto consentido; es por eso por lo que, la CC no se detiene a analizar la

proporcionalidad de la sanción, sino que esta norma jurídica, cuente con la tutela de los preceptos constitucionales y espíritu de la norma constitucional.

Dentro del primer problema jurídico que ha planteado la CCE, se identifica el primer bien jurídico protegido por parte del Estado, que es la protección de la vida del nasciturus, determinado así en el artículo 149 del COIP.

Adicional, la Corte menciona que, en el artículo 150 numeral 2 del COIP se “reconoce la no penalización del aborto de mujeres con discapacidad mental que interrumpen su embarazo cuando hayan sido víctimas de violación” (Código Orgánico Integral Penal, 2014); y que, este artículo no puede ser entendido de manera aislado sin considerar lo que establece el artículo 171 del COIP, en el cual “se identifica como bien jurídico a la libertad e indemnidad sexual que se relacionan con la integridad personas de las mujeres víctimas de violación”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Tras identificar los dos bienes jurídicos protegidos, es decir, la Corte plantea el análisis de “la protección del nasciturus y el derecho a la integridad de las mujeres víctimas de violencia sexual como derechos jerárquicamente iguales, indivisibles e interdependientes” (Código Orgánico Integral Penal, 2014). La CCE argumenta que en la CRE se reconoce que “todos los principios y los derechos, son de igual jerarquía” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Por lo que identifica que no existen derechos con mayor o menor grado de relevancia en cuanto se refiere a la dignidad humana.

Y este argumento, es expuesto en base a que sí bien, el bien jurídico protegido por la CRE el “nasciturus”, se encuentra protegido y amparado desde la concepción, no es correcto que se lo analice de manera aislada cuando se encuentran derechos vulnerados que también son reconocidos y amparados bajo el precepto constitucional. Como los derechos de las mujeres que han sido violadas. Es decir, no se trata sólo de proteger al nasciturus desde la concepción, sino de proteger los derechos y garantizar los principios fundamentales de las mujeres víctimas de violación, para encontrar el equilibrio adecuado que conduce a una convivencia armónica en la sociedad.

La Corte ha considerado analizar la violación hacia las mujeres, niñas y adolescentes, e identificó que es un acto atentatorio contra la integridad en todas las dimensiones; es decir, integridad física, psíquica y psicológica, integridad moral e integridad sexual y que produce graves afectaciones y sufrimiento, lo que lleva a la vulneración de derechos como la intimidad, la autodeterminación sexual, la vida y la dignidad humana.

Ahora bien, la CCE en el ámbito penal, también se detuvo a analizar sobre la proporcionalidad de la penalización del delito de aborto consentido en casos de violación y analizó que si la sanción penal, cumple con los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En el caso de la idoneidad, la CCE no verifica que la imposición penal, ayuda al legislador a lograr el fin perseguido que en este caso es el de proteger al nasciturus; ya que, la imposición de esta sanción penal no evita que las mujeres violadas incurran en la conducta que se pretende impedir, es decir, el aborto. De hecho, a pesar de la existencia de la norma penal, los abortos clandestinos y riesgosos aumentan y son peligrosos para la salud, integridad y vida de las mujeres.

Además, la CCE, ha señalado que la criminalización del aborto por violación no constituye la única manera de hacer efectiva la protección constitucional de la vida del nasciturus, la CCE alega que existen varias vías idóneas para garantizar los derechos del no nacido como políticas públicas y medidas legislativas de tipo prestacionales, que darían mejores resultados para alcanzar el fin perseguido.

Respecto a la necesidad, la CCE determinó que existen otras medidas, menos gravosas para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, como la protección del nasciturus. Además, alega que el derecho penal, en concordancia con lo que determina la CRE:

Debe partir en base al principio de mínima intervención penal, es decir que el Estado no debe sancionar penalmente todas las conductas que puedan ser consideradas antisociales, sino en aquellos casos que exista un verdadero riesgo para

la sociedad y alteren las normas mínimas de convivencia en ellos. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Como ya lo ha señalado la Corte en la sentencia 001-18-SIN-CC, en la que se ha señalado que la intervención del Estado, por medio de su poder punitivo, no debe ser utilizada como la única medida para garantizar los derechos constitucionales. En fin, la coerción penal por parte del Estado no debe enmarcar un absolutismo para solucionar los problemas y la misma debe ser considerada de ultima ratio.

En consecuencia, la CCE alegó que esta medida coercitiva, impuesta por parte del Estado, que tiene como fin proteger al nasciturus, lleva a medidas colaterales contra la vida y salud de una madre gestante víctima de violación, por lo que no se justifica que sea una medida necesaria para conseguir el fin constitucional protegido.

Acerca de la proporcionalidad en sentido estricto, la CCE tampoco logró identificar que la sanción penal proteja al nasciturus y no logra justificar lo que se pierde al acceder a la aplicación del poder punitivo del Estado contra mujeres víctimas de violación. Además, para este punto, la CCE, analizó la vulneración de derechos de niñas y adolescentes víctimas de violación e identificó que la sanción penal, se presenta como una medida traducida a un sacrificio desmedido e injustificado que revictimiza a las víctimas de violación y más no se obtienen resultados favorables a favor del nasciturus.

Por lo que, la Corte determinó que la sanción penal interpuesta en contra de las víctimas de violación, que no padecen discapacidad mental, no es proporcional y por lo tanto se configura como una norma inconstitucional.

Medidas de reparación dispuestas por la Corte Constitucional

Respecto a la decisión adoptada por el máximo órgano de Control constitucional, se atribuyeron dos importantes medidas de reparación que conforman la garantía básica de la no repetición y de la no vulneración a los Derechos Humanos y fundamentales.

Las medidas de reparación identificadas fueron las siguientes:

1. “Disponer que el Defensor del Pueblo, en conjunto con la sociedad civil y los distintos organismos estatales, prepare un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación (Sentencia No. 34-19-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador).
2. “Disponer a la Asamblea Nacional, que conozca y discuta el proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo, ejercida por mujeres, que han sufrido una violación sexual” (Sentencia No. 34-19-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador).

Las dos disposiciones establecidas en la decisión por parte de la CC configuran una obligación adaptada para el Estado y esto se traduce a que es, como ya se lo ha mencionado antes, medidas de reparación que contemplan la garantía de la no repetición.

La Corte, ya se ha pronunciado acerca de la reparación integral y lo ha hecho en base a lo que establecen los organismos internacionales, tales como la CIDH. Por esta razón, la garantía de la no repetición es entendida por parte de la CCE como una acción que confabula a la protección no sólo de la víctima directa a la que se le ha vulnerado sus derechos, sino que se encamina a la protección de toda la sociedad mediante la búsqueda de la erradicación de la acción transgresora del derecho (Corte Constitucional del Ecuador, 2018).

Por lo tanto, se entiende que al exigir la intervención de la DEP para la elaboración de un proyecto de ley y llamar a la Asamblea Nacional para discusión de este, encamina al Estado a la obligación que tiene con la ciudadanía antes referida y garantizar que el ejercicio de las acciones que se constituían como inconstitucionales, no afecten a la sociedad.

También, es importante destacar el rol que tiene la Defensoría del Pueblo en torno a las garantías de no repetición en el sistema de reparación integral de víctimas de acuerdo con nuestro control de constitucionalidad vigente en la normativa ecuatoriana.

Dentro de las funciones de la Defensoría del Pueblo, cómo lo establece el artículo 215 de la CRE, se determina que esta, tiene el deber de proteger y tutelar los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de los ciudadanos que estén fuera de territorio ecuatoriano. Además, el artículo 21 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, otorga la facultad a las y los jueces constitucionales, delegar a la DEP el seguimiento del cumplimiento de la sentencia o acuerdo reparatorio.

Es así como se constata que la decisión adoptada por la CCE, no se limitó tan sólo a declarar la inconstitucionalidad del artículo 150 numeral 2 del COIP, sino que ordenó a los órganos estatales para que garanticen los derechos vulnerados a través del ejercicio de sus facultades y empleando la garantía de la no repetición para, además, evitar futuras vulneraciones a no sólo un grupo de personas, sino a toda la sociedad.

Dentro del segundo problema jurídico, aplicado por la CCE para motivar su sentencia, el cual se refiere lo siguiente ¿El artículo 150 numeral 2 del COIP es contrario al derecho a la igualdad y no discriminación al establecer como excepción únicamente el aborto consentido en casos de violación de mujeres con discapacidad mental? La CCE toma a la igualdad y la no discriminación para analizarlas como un principio fundamental, en el cual el Estado tiene el rol fundamental de erradicar toda norma, practica o actuación que genere y manifieste de cualquier forma desigualdad y discriminación.

A partir de la identificación de estos principios, la CCE ha demostrado que, en el caso en concreto, el artículo 150 numeral 2 del COIP, al momento de mencionar sobre las “mujeres violadas” “que padezcan de una discapacidad mental” y aquellas que no la tienen, se identifica un trato diferenciado y alega además que el mismo, constituye un trato discriminatorio por parte del Estado.

Es por esta razón que, la decisión de la Corte al identificar que el artículo 150.2 del COIP es una norma inconstitucional, se enlaza con las garantías de no repetición, ya que impone al Defensor del Pueblo y a la Asamblea Nacional, como representantes del Estado ecuatoriano, crear una ley que garantice los derechos de

las mujeres víctimas de violación; de esta forma, con la ley ya en firme, sirve de instrumento para el desarrollo del tejido social.

Análisis crítico a la sentencia constitucional

La sentencia No. 34-19-IN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, referente a la despenalización del aborto por violación, muestra los cambios que surgen en la sociedad, a través de la jurisprudencia ecuatoriana, ya que, como se ha podido evidenciar a lo largo de este trabajo de titulación, la penalización del aborto por violación, no cumplía en garantizar un fin idóneo, sino que al contrario cobijaba un trato discriminatorio a mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual.

Es importante mencionar que, a diferencia de otros casos que ha analizado la CC, relacionados a derechos de no discriminación e igualdad, en esta ocasión, la Corte Constitucional, tuvo una acertada decisión al aceptar a trámite la presente acción de inconstitucionalidad para analizar, si la norma de la ley orgánica, en este caso el COIP, refería a ser una norma que vulneraba los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violación.

Su análisis recayó en plantear dos problemas jurídicos que trazaban la interrogante si la pena impuesta en contra de las mujeres víctimas de violación es proporcional y en base al preámbulo, recurrir al análisis del bien jurídico protegido, desde la perspectiva del nasciturus frente al bien jurídico protegido de la libertad de la mujer víctima de violación; concluyendo en que la pena impuesta en la norma alegada, guía a recaer en la revictimización de víctimas de otro delito, cómo lo es la violación.

Muchas veces, el aborto no es una opción debido a la falta de conocimiento y educación sexual intercultural, de acceso adecuado a la salud o de una moral social conservadora. Esta realidad coexiste con una historia silenciada de esterilización forzada y otras formas de violencia obstétrica. La prohibición legal del aborto también afecta la seguridad y el momento de los abortos clandestinos, o los hace tan inaccesibles que el embarazo parece ser la única “opción” que queda. Al mismo tiempo, los manuales de aborto, la protesta social feminista, las luchas legales e intelectuales y el lobby político en el país son parte del activismo global

por el aborto para ampliar los derechos humanos de las niñas y mujeres cuyas vidas se ven afectadas por la cultura de la violación, la pobreza y las nociones fundamentalistas de la vida, la ciencia y el género.

El presente caso y la sentencia expedida por parte de la CCE es y ha generado impacto en la sociedad, ya que, desde la incorporación del acto punible en la legislación penal ecuatoriana, no ha sufrido cambios ni críticas, en vista que “el aborto” generaba en la sociedad el debate conducido hacia la moralidad y las creencias religiosas.

Como ya se ha tratado en este trabajo, el aborto ha sido fuertemente criticado por la sociedad, gracias a varias expresiones religiosas y la normativa que ha estado vigente en la comunidad, durante mucho tiempo. Y es precisamente que, gracias a la CCE, se apertura la posibilidad de regresar a ver a los derechos que fueron vulnerados y que durante mucho tiempo fueron minimizados por parte de la sociedad y el Estado.

Por primera vez, el órgano de máximo Control constitucional del Ecuador plantea un análisis constitucional en el que se prioriza el derecho de mujeres, niñas y adolescentes que han sido víctimas de violación y que eran sentenciadas a una pena por decidir interrumpir el embarazo no deseado producto de una vulneración a su integridad física, psicológica y sobre todo moral.

Es también importante destacar que la CCE, no basó sus argumentos meramente doctrinarios, sino que, además, analizó desde los instrumentos internacionales, es decir desde el bloque de constitucionalidad ecuatoriano y así identificó derechos humanos y garantías que cobijan a las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual.

La CCE ha valorado que, si bien es cierto, existen dos bienes constitucionalmente protegidos válidos que deben ser amparados bajo los preceptos legales por parte del Estado, sin embargo, para el bien protegido del nasciturus, y su protección desde la concepción, no cumple su fin constitucional al momento de penar el acto del aborto de las mujeres víctimas de violación, sino que existen otras vías, que deben ser adoptadas por el Estado para asumir ese Rol que tiene de proteger al nasciturus.

Es decir, la pena impuesta en contra de las mujeres víctimas de violación que no padecen una enfermedad mental, no es idónea y no cumple con el fin constitucional que es proteger al no nacido, al nasciturus o a la persona desde la concepción, ya que no impide a las mujeres víctimas de violación, a someterse a algún tipo de aborto. Sino que, a su vez, lleva a que la mujer tome la decisión de interrumpir aquel embarazo no deseado por vías clandestinas que ponen en riesgo su vida, su salud y su integridad, es decir se condena a la mujer víctima de violación y se conduce a que aquellas víctimas se encuentren en un estado de revictimización.

De tal forma que, esta sentencia es de importancia social, porque los órganos de Control constitucional no sólo tienen el fin de revisar si se cumple o no con la normativa legal y constitucional de cada Estado, sino que, además, son el mecanismo para la garantía directa y armónica de los derechos fundamentales que se encuentran en la Constitución y en los Instrumentos internacionales, de cada uno de los ciudadanos.

Apreciación crítica de los argumentos expuestos por la Corte Constitucional

Para empezar, es importante tomar en cuenta que, la presente sentencia, parte de lo previsto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución del República del Ecuador, esto es que la Corte Constitucional, al ser el máximo órgano de interpretación constitucional, está facultado para interpretar el fondo y la forma de una normativa, como lo prevé el citado artículo.

Al ser un análisis de inconstitucionalidad de la norma, la Corte Constitucional tomó como punto de partida los dos artículos (149 y 150) del Código Orgánico Integral Penal, a fin de ser el objeto de análisis y en lo posterior, sus argumentos fueron sustentados en base al planteamiento de dos problemas jurídicos, los cuales ya fueron citados con antelación en el presente trabajo. Los mismos que no fueron suficientes para el ejercicio de interpretación constitucional, como se argumentará a continuación.

Es preciso entender que, el fin que tiene el análisis de esta sentencia, es precisamente de acuerdo con lo que determinan los artículos 149 y 150.2 del Código Orgánico Integral Penal, es decir sobre la inconstitucionalidad contenida en su paráfrasis en especial sobre el artículo 150, numeral 2 que en su parte textual

contiene que el aborto no será punible “Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 150 numeral 2).

La Corte para responder los problemas jurídicos planteados basó sus argumentos constitucionales citando legislación, jurisprudencia y doctrina que fueron adaptados como herramientas para dicho análisis.

Respecto a la legislación y la jurisprudencia la Corte Constitucional no se basó en buscar argumentos en base a lo que determina nuestro ordenamiento jurídico, como la Constitución y las leyes orgánicas, sino que además refirió los argumentos que ya han sido expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), referente al bien protegido de la libertad e indemnidad sexual de las mujeres. Además de lo que ha manifestado Tribunales Constitucionales de países vecinos como Colombia, Bolivia, Perú y Argentina.

Respecto a doctrina, la Corte citó documentos trascendentales, como informes proporcionados de los Organismos Internacionales, a los cuales el Ecuador se encuentra vinculado como por ejemplo la ONU y sus diferentes organismos especializados, como ONU Mujeres, UNICEF. Mismos informes que tiene gran relevancia para el sistema internacional ya que los problemas sociales, son analizados de forma regional y global para que, en base a las problemáticas encontradas, los estados que son parte de estos organismos internacionales adopten las medidas o recomendaciones para la construcción de la sociedad. Como fundamentos para la construcción de políticas públicas.

Es decir, que se trató de fundamentar que la problemática analizada por la Corte no es sólo un problema que se enmarca en nuestra sociedad ecuatoriana, sino que además es una problemática mundial que y que en base a la ayuda de instrumentos como los ya citados, los Estados han resuelto conflictos de legalidad.

Además, a pesar de las fuentes que la Corte ha empleado, la CCE es el Tribunal Constitucional y el órgano máximo de interpretación constitucional de representación en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, sus argumentos y análisis son suficientes para aceptar un precepto constitucional que debe ser adoptado. Se entiende que es el máximo órgano y en base a la Supremacía

Constitucional, el control concentrado que se aplica en el Ecuador, y la composición de nuestro ordenamiento jurídico, respetamos el criterio de los jueces constitucionales.

Sin embargo, a pesar de todo el análisis empleado por la Corte, faltó profundizar sobre el derecho a la vida desde la concepción que se encuentra en el artículo 45 de la Constitución República del Ecuador (2008) que establece: “Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art 45).

Por lo que, los criterios se contraponen y existe críticas a la decisión de la Corte Constitucional, por la vulneración en derecho a la vida que es protegido como un derecho humano fundamental. Aunque eso no quiera decir que los derechos de las mujeres se dejen de lado, es necesario un análisis argumentativo constitucional de la aplicación del derecho, no solo desde la concepción de la vulneración de los derechos de las mujeres, sino contraponer con todos los hitos relacionados al derecho a la vida.

Es así como, se discrepa de la sentencia de la Corte Constitucional, ya que no se consideró el derecho a la vida, establecida en la Constitución. Y, para modificar y aceptar la despenalización del aborto por violación, era necesario activar la vía constituyente como una base para la reforma a la Constitución del Ecuador vigente.

Galiano Maritan (2016) plantea que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, como en casi todos, se niega la posibilidad de considerar los derechos fundamentales con carácter absoluto, en tanto se le reconocen a los derechos ciertas limitaciones. La regla anterior se aplica al derecho a la vida como derecho fundamental, y por ello, en Ecuador que no admitía el aborto.

Es por eso por lo que, dentro de los votos salvados de la sentencia objeto de análisis, se ha destacado dos teorías concretas sobre el rechazo a la presente decisión, y es la “protección del nasciturus” alegando que dentro de la Corte Constitucional del Ecuador y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia,

se contempla que el Estado ecuatoriano garantizará el derecho de los niños desde la concepción. La segunda teoría se basa al amparo de que el Estado ecuatoriano prohíbe la pena de muerte y garantiza el derecho que tienen todos los ciudadanos a la vida.

Además, que, si la Corte Constitucional del Ecuador, profundizaba en el derecho a la vida, seguramente la solución sería modificar la Constitución ecuatoriana, respecto al artículo 45, ya que se reconoce el derecho de las niñas y niños desde la concepción, por lo que tendrían que optar por recomendar una Constituyente para que se modifique el texto constitucional. Y tomar la vía de una constituyente, sería el reto que debía enfrentar la Corte Constitucional si se profundizaba en el derecho a la vida y eso implicaría un debate social y político dentro de la sociedad.

Métodos de interpretación

Sobre los métodos de interpretación, es importante mencionar que la Corte se basa en lo que determina el artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 3 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, ya que son los únicos artículos que refieren los métodos a aplicarse sobre interpretación constitucional, no existe en nuestro ordenamiento jurídico otra fuente de la cual podría guiarse la Corte para realizar su trabajo.

En concordancia con el artículo 427 de la CRE, este refiere a que las normas constitucionales serán interpretadas por el tenor literal que más se apegue a la Constitución y sus principios generales; este método referido es conocido como el método literal sistemático y fundamentalmente se basa en la interpretación gramatical del texto

En ese sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Garantías jurisdiccionales y Control constitucional enuncia 7 métodos de interpretación constitucional; y, las normas citadas anuncian que, la Corte puede adaptar uno o varios métodos de interpretación constitucional para su ejercicio de análisis.

En consecuencia, se puede afirmar que, para el referente caso, adoptó varios métodos de Control constitucional establecidos en el art. 3 de la LOGJCC, los

cuales son: principio gramatical, principio de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica y la interpretación sistemática.

Acerca del principio gramatical es importante tomar en cuenta que este principio debe ir acompañado con una interpretación de la norma en conjunto, dando entender el análisis como un todo y que están enmarcadas en un sistema de normas constitucionales relacionadas unas con otras, según lo refiere Betancourt y Romero (Betancourt Pereira & Romero Romero, 2021).

Y, como ya se lo ha analizado a lo largo del presente trabajo, la Corte realizó un análisis de inconstitucionalidad sobre una norma específica y empleó un control de constitucionalidad concentrado-difuso.

La Acción de Inconstitucionalidad se encuentra determinada en el título IX de la Constitución de la República del Ecuador, la cual contempla el principio de Supremacía Constitucional y, específicamente en el capítulo segundo que detalla sobre la Corte Constitucional del Ecuador. Es así como, en el artículo 436 numeral 2 se determina que la CC tiene las siguientes atribuciones:

2.- “Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 436, numeral 2).

Además, esta acción de inconstitucionalidad se encuentra en el Título III denominado, control abstracto de constitucionalidad, en el cual, en el capítulo 1 de normas generales, se encuentra establecido en el artículo 75, donde se detallan las competencias de la CC frente al control abstracto de constitucionalidad, en el inciso 1 se establece que la CC es competente para “Resolver las acciones de inconstitucionalidad en contra de: c) Leyes, decretos leyes de urgencia económica y demás normas con fuerza de ley” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009).

En el mismo título de la LOGJCC, en el capítulo III denominado Acción Pública de Inconstitucionalidad, específicamente en el artículo 98, se establece lo siguiente: “Regla general. - La acción pública de inconstitucionalidad podrá ser

propuesta por cualquier persona. La Corte Constitucional conocerá sobre las acciones de inconstitucionalidad respecto de cualquier acto normativo de carácter general y de cualquier acto administrativo con efectos generales, de conformidad con las normas establecidas en el capítulo anterior” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control constitucional, 2009).

Y respecto al control de constitucionalidad, es la Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución quien tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma, es decir analizar una norma sobre el tenor literal y el apego hacia la Constitución. Por lo que, se refiere que se realiza un Control constitucional concentrado abstracto.

Propuesta personal de solución del caso

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

VOTO CONCURRENTENTE

Maestrante, Samantha Gómez Endara

1. El presente voto concurrente tiene como objeto lo siguiente: sustentar la competencia de la Corte Constitucional del Ecuador sobre el control de inconstitucionalidad de la norma, explicar el control de constitucionalidad empleado en el presente análisis constitucional, argumentar el rechazo de la revictimización de las víctimas que han sufrido casos de violación, argumentar sobre el derecho de igualdad y no discriminación y el derecho de las mujeres víctimas de violencia sexual a decidir sobre su cuerpo.
2. Para empezar, es importante tomar en cuenta que, la presente sentencia, parte de lo previsto en el artículo 436 numeral 2 de la Constitución del República del Ecuador, esto es que la Corte Constitucional, al ser el máximo órgano de interpretación constitucional, está facultada para interpretar el fondo y la forma de una normativa, como lo prevé el citado artículo.
3. En consecuencia, los artículos 149 y 150.2 del Código Orgánico Integral Penal, son objeto de análisis y requieren interpretación constitucional a fin de que, con los preceptos constitucionales necesarios, se garantice los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes víctimas de violación.

4. Es importante recalcar que, en los votos salvados del presente caso, se ha destacado dos teorías concretas sobre el rechazo a la presente decisión, y es la “protección del nasciturus” alegando que dentro de la Corte Constitucional del Ecuador y en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, se contempla que el Estado ecuatoriano garantizará el derecho de los niños desde la concepción. La segunda teoría se basa al amparo de que el Estado ecuatoriano prohíbe la pena de muerte y garantiza el derecho que tienen todos los ciudadanos a la vida.
5. Sin embargo, es preciso entender que, el fin que tiene el análisis de esta sentencia, es precisamente de acuerdo con lo que determinan los artículos 149 y 150.2 del Código Orgánico Integral Penal, es decir sobre la inconstitucionalidad contenida en su paráfrasis en especial sobre el artículo 150, numeral 2 que en su parte textual contiene que el aborto no será punible “Si el embarazo es consecuencia de una violación en una mujer que padezca de discapacidad mental” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 150, numeral 2).
6. Es así como, tomando en consideración lo alegado por la CCE, es importante también señalar razones por las que esta jueza constitucional, se encuentra favor de la decisión adoptada por la Corte.

La re-victimización de la mujer frente al delito

7. La importancia de esta sentencia es precisamente para mujeres que han sido víctimas de violación, más no por la decisión libre de la mujer a interrumpir un embarazo en cualquiera de las razones y formas que se considere, sino solamente para mujeres víctimas de tal acto atroz; En virtud de que la Corte Constitucional ha considerado que, es inconstitucional que una mujer que ha sido víctima de violencia sexual, como una violación, no puede ser juzgada por someterse a un aborto. En este sentido, la mujer violada, se convierte en víctima del sistema y el análisis gira en cuanto a la revictimización de la mujer.
8. Para entender sobre la revictimización es importante conocer que es una víctima. La Real Academia de la Lengua, expone en ámbito del Derecho,

que víctima se refiere a la “persona que padece las consecuencias dañosas de un delito” (Real Academia Española, 2023). Por tanto, se entiende que es una persona que, en referencia por el cometimiento de un delito por acto u omisión, sufre consecuencias relacionadas por el mismo.

9. En doctrina, el autor de la obra “Tratado de Criminología”, narra que importantes autores y padres del estudio de la victimología (entendiendo al estudio de la víctima como ciencia), como Hentig, Paasch, Nagel, entre otros, concuerdan que el concepto de víctima es el sinónimo de una persona que experimenta de manera subjetiva, con malestar o dolor, una lesión objetiva de bienes jurídicos (García-Pablos de Molina, 2003).
10. En el ámbito más reciente y cercano a nuestra realidad, la abogada Karina Moscoso, la víctima es una persona de cualquier sexo que ha sufrido una lesión ilegítima en sus bienes jurídicos tutelados. Es decir, que esta persona ha sufrido la ausencia de protección en todas las dimensiones y campos por parte del aparato estatal (Moscoso, 2016).
11. Ahora bien, es importante diferenciar entre los conceptos de víctima y la re-victimización, ya que, la re-victimización, es también conocida como la victimización secundaria y lo que se ha citado hasta ahora es sobre la victimización primaria de un delito.
12. Las autoras Ane Lekanda y Noelia Aranda, explicación que la victimización secundaria, es decir, la revictimización o doble victimización, nace en el proceso jurídico penal y administrativo. Las autoras citan a lo que refería el catedrático Beristain, que la revictimización es la mala o inadecuada atención que recibe la víctima cuando ya ha palpado el sistema judicial (Aranda & Lekanda, 2022).
13. Es decir que la víctima, resultado de un delito, ha sido además afectada por actos u omisiones realizados por parte del Estado, el cual, como contemplan los instrumentos internacionales y en nuestra Norma suprema, es el Estado quien vela por los derechos de todos los ciudadanos.
14. Para garantizar reparar de una forma esa ausencia estatal, queda una vía para ser adoptada por la víctima que es el derecho de acción que se vincula a la tutela judicial efectiva y la misma se interpone como el primer fundamento

a la no re-victimización. Complementando estas acciones también, se adquieren otras expresiones jurídicas más concretas como derecho a la igualdad material, derecho a la no discriminación, derecho a una reparación integral, derecho a la no violencia, entre otras (Moscoso, 2016).

15. Entendiendo en otras palabras, la mujer víctima, es una persona que ha sufrido daños que emergieron del cometimiento de un delito por falta de tutela por parte del Estado; y para garantizar los derechos que tienen las víctimas, existen varias alternativas y mecanismos para acceder a la tutela judicial efectiva que las ampara.
16. Por todo lo mencionado y a manera de conclusión, me permito indicar lo siguiente: la revictimización de las mujeres en la violación es fundamento suficiente para el presente caso de la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma conforme lo determina el artículo 436.2 de la LOGJCC.

Igualdad y no discriminación

17. Es importante tomar en cuenta que, la igualdad y no discriminación constituyen principios de lenguaje universal para garantizar los Derechos Humanos en todo el mundo. Estos dos principios se encuentran suscritos en los diferentes instrumentos internacionales y en las legislaciones de los diferentes estados que conforman el Sistema Internacional.
18. Al ser el Ecuador, un Estado parte del Sistema Internacional y ser Estado miembro del más importante grupo de Estados, que es la Organización de las Naciones Unidas, ONU, es obligación del Estado ecuatoriano cumplir con la normativa internacional, ya que la misma forma parte del bloque de constitucionalidad ecuatoriano.
19. La igualdad y no discriminación, según el Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU, son considerados como principios que conforman la esencia de los Derechos Humanos, con los que se cuenta para combatir la discriminación. Además gracias a estos principios, los Estados parte que conforman la ONU y han ratificado su compromiso con los diferentes Instrumentos Internacionales, tienen el deber de cumplir con la agenda 2030 en la que se destaca la convicción de “no dejar a nadie atrás”, en referencia de la lucha de todas las desigualdades que se manifiestan en

todo el mundo (Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos, 2023).

20. En el instrumento internacional más importante, que es la Declaración de los Derechos Humanos, en los artículos 2 y 7, refieren sobre la no discriminación. Y, el artículo 10 refiere a la igualdad de todas las personas en todas las expresiones.
21. En el ámbito de la ONU, se creó la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” para reafirmar el compromiso de los Estados en garantizar los Derechos Humanos y los derechos fundamentales.
22. El artículo 2 de la mencionada convención, exalta el deber de los Estados parte a condenar la discriminación en contra de las mujeres, manifestada en todas sus formas; en el mismo se manifiestan las manifestaciones que deben realizar los Estados en torno a sus diferentes normativas.
23. Con lo manifestado, es importante destacar que el derecho a la no discriminación y a la igualdad, en referencia de la mujer, no sólo deben ser objeto de cumplimiento por el Estado ecuatoriano, sino que, al configurarse como principios y pilares de los Derechos Humanos, deben ser adoptados por todos los Estados parte, es decir de forma regional e internacional.
24. Por lo expuesto, y contemplando que la revictimización hacia la mujer en los asuntos de violencia sexual, atentan contra la dignidad de las mujeres, niñas y adolescentes ya que restringe el derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo producto de una violación.
25. Además, que, la ejecución de la revictimización en contra de las mujeres en casos de violencia sexual, obligan a maternidades no deseadas, lo que atenta contra lo que establece la CRE sobre el derecho de las mujeres a decidir sobre cuantos hijos tener.
26. Por consiguiente, acerca del derecho de igualdad y no discriminación, es preciso mencionar que este derecho se encuentra protegido por la Constitución del Ecuador y los instrumentos internacionales, es decir es un derecho que se encuentra en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, por ende, debe ser garantizado por el Estado.

27. Se ha demostrado a lo largo del presente análisis, que el artículo 150.2 del COIP, genera una irracional distinción, que no ha podido ser justificada en el marco constitucional, sobre las “mujeres que padecen una discapacidad mental” y las que no, para acceder a un aborto no punible.
28. El fin que tenían los legisladores de proteger la vida del “que está por nacer”, es decir del nasciturus, no cumple con el parámetro de idoneidad, ya que el hecho de castigar a las mujeres que no padecen una discapacidad mental por cometer un aborto, no equivale a que las mujeres víctimas de violencia sexual no vayan a interrumpir su embarazo no deseado producto de una violación; al contrario, conduce a que esas víctimas de violación, pongan en riesgo su vida y su integridad física y moral al exponerse a métodos clandestinos para interrumpir el embarazo.
29. El derecho a la vida ha sido recogido y amparado tanto por la Constitución y por los instrumentos internacionales, de hecho, es uno de los principales Derechos Humanos que complementan al ser humano; sin embargo, el mismo derecho debe ser analizado de forma sistemática y no sólo de forma textual.
30. El derecho a la vida no sólo implica el derecho que tiene el no nacido, de nacer, sino, que, con los demás derechos fundamentales, se complementan para garantizar a ese ser humano el derecho a una vida digna en base a la salud, la educación, vivienda, recreación, vida libre de violencia, que cobijan al ser humano para su pleno desarrollo integral.
31. Por ende, la decisión adoptada por la CCE es una decisión de gran importancia para la sociedad, sobre todo un deber moral que el Estado tenía a favor de las niñas, adolescentes y mujeres que han sido víctimas de violencia sexual.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo de titulación se ha constado que el derecho a la igualdad y no discriminación, es un derecho fundamental, sobre todo en los fundamentos que aplicó la Corte Constitucional al tratar la despenalización del aborto por violación de forma general y no sólo para mujeres que padezcan una discapacidad mental.

Se ha demostrado que, la Corte Constitucional del Ecuador, al declarar la inconstitucionalidad del artículo 150, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, despenaliza el aborto por violación a todas las mujeres, no sólo a mujeres que sufren una discapacidad mental, sino todas las mujeres que han sido víctima de violación.

Se ha verificado que el criterio rector motivacional de la Corte Constitucional del Ecuador fue planteado a través de dos problemas jurídicos con los cuales demostró la Corte que, la pena impuesta para las mujeres que han sido víctimas de violación, con las que no, no es proporcional respecto al artículo 150, numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, ya que el fin es proteger el bien jurídico de la vida y el fin no cumple las expectativas motivacionales.

Además, se ha demostrado que el rol fundamental que cumple la Corte Constitucional del Ecuador a través de la acción pública de inconstitucionalidad refleja el control concentrado de constitucionalidad identificado en la Acción de Inconstitucionalidad, del caso No. 34-19-IN y acumulados donde se buscaba la declaratoria de inconstitucional el artículo 150 numeral 2 del COIP, que contenía la frase “que padezca de discapacidad mental” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 150, numeral 2).

En el trabajo de investigación se ha demostrado que, uno de los fundamentos de las acciones de inconstitucionalidad, radicaba en que la norma impugnada, violaba el derecho de igualdad y no discriminación. Tanto en la Constitución como en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano, se ha determinado que ninguna persona puede tener un trato desigual, por distinciones arbitrarias caracterizadas por la raza, el género, la religión o su orientación sexual. Por lo que, la frase del artículo 150 numeral 2 del COIP, que menciona “que padezca una discapacidad mental” es una distinción arbitraria, de las mujeres, niñas

y adolescentes que padecen una discapacidad mental y que han sido víctimas de violencia sexual, frente a las mujeres, niñas y adolescentes que han sido víctimas de violencia sexual y que no tienen una discapacidad mental.

Se ha constatado que, el artículo impugnado, no cumplía con los requisitos de finalidad, proporcionalidad e idoneidad que deben gozar las normas jurídicas que pretenden guardar armonía con la Constitución; siendo la pena impuesta en contra de las mujeres que no padecen de discapacidad mental, una situación que no garantiza la protección del derecho a la vida del nasciturus, sino que, al contrario, condena a la mujer a realizarse un aborto en ámbitos clandestinos que ponen en riesgo su vida, su salud y su integridad.

Se ha constatado además que, el criterio rector motivacional de la sentencia No. 34-19-IN/21 está adecuadamente sustentado y planteado por lo cual la decisión tiene claridad en sus argumentos jurídicos expuestos. Pero es necesario recalcar que la propuesta con las decisiones tomadas se enmarco en el voto concurrente, considerándose esencial el rechazo de la revictimización de las víctimas que han sufrido casos de violación a través de los argumentaciones y recomendaciones dadas por los organismos internacionales, argumentar sobre el derecho de igualdad y no discriminación y el derecho de las mujeres víctimas de violencia sexual a decidir sobre su cuerpo. Se evidencia que es una decisión libre de la mujer la interrupción de un embarazo, que no solo deben considerarse a las mujeres víctimas de violación, que son revictimizadas al momento de darse un embarazo, sino también a todas las mujeres, aplicándose el derecho a la igualdad y no discriminación.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (1993). *Teoría De Los Derechos Fundamentales*. Centro De Estudios Constitucionales.
- Amaya, J. A. (2017). *Control de Constitucionalidad: Modelos y sistemas: control judicial: cuestiones políticas: tribunales constitucionales: doctrina contra mayoritaria: inconstitucionalidad de oficio: rol de las cortes supremas: reformas constitucionales y derechos políticos: interpretación constitucional (2a. edición actualizada y ampliada, 1ra. reimpresión)*. Astrea.
- Aranda, N., & Lekanda, A. (2022). *Revictimización De Las Mujeres Víctimas De Violencia De Género En El Sistema Judicial-Penal: Análisis De Caso*. Vol.2, 18.
- Ávila, R. (2009). *Los derechos y sus garantías ensayos críticos*. Pensamiento Jurídico Contemporáneo N. 1. Corte Constitucional para el período de transición. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Avila Santamaría, R. (2008). *Desafíos constitucionales: La constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva (M. Aparicio, A. Grijalva, & R. Martínez Dalmau, Eds.; 1ra ed)*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ávila Santamaría, R. (2009a). *Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 775-793.
- Azanza Torres, M. L. (2022). *Aplicación del estándar del principio de igualdad en la jurisprudencia contemporánea de la Corte Constitucional del Ecuador*. Ius Humani. Law Journal, 11(1), 75-106.

- Betancourt Pereira, E. J., & Romero Romero, C. D. (2021). Interpretación de las normas constitucionales ecuatorianas como garantía a los derechos humanos. *Sociedad & Tecnología*, 4(S2), 482-499. <https://doi.org/10.51247/st.v4iS2.165>
- Bidart Campos, G. J. (1996). *Manual de la constitución reformada*. Ediar.
- Blanco Blanco, J., & Téllez Navarro, R. F. (2021). *Los pueblos indígenas y sus derechos constitucionales y convencionales (1a ed)*. Universidad Militar Nueva Granada, Editorial Neogranadina.
- Brewer Carías, A.-R. (2013). *Derecho procesal constitucional: Instrumentos para la justicia constitucional (Segunda edición)*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- Buendía, S. (2022). *El aborto en la historia penal del Ecuador*. Wambra. Medio Comunitario. <https://wambra.ec/el-aborto-en-la-historia-penal-del-ecuador/>
- Burneo, C. (2023). Chapter 17: Abortion in Ecuador: Overview of a collective struggle. En *Research Handbook on International Abortion Law*. Edward Elgar Publishing.
- Castro, M. (2021). *Una (breve) guía a todas las Constituciones del Ecuador*. GK, medio independiente. <https://gk.city/2021/12/14/constituciones-ecuador-historia/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Compendio Igualdad y No Discriminación Estándares Interamericanos*. En Cidh.
- Corporación de Estudios y Publicaciones (Ed.). (2022). *Constitución de la República del Ecuador, Comentarios, Legislación conexas, concordancia (Primera edición)*. CEP. Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Corte Constitucional del Ecuador. (2018). Reparación Integral. Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador: Vol. Jurisprudencia Constitución No. 8 (1era. Edición.). Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional. http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/2018._RI/RI.pdf
- Dworkin, R. M., & Guastavino, M. I. (2009). Los derechos en serio (7ª imp). Ariel.
- Erdman, J. N., & Cook, R. J. (2020). Decriminalization of abortion – A human rights imperative. *Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology*, 62, 11-24. <https://doi.org/10.1016/j.bpobgyn.2019.05.004>
- Ferrada Bórquez, J. C. (2004). Los Derechos Fundamentales y el Control Constitucional. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 17. <https://doi.org/10.4067/S0718-09502004000200005>
- Ferrajoli, L. (2004). Derechos y garantías. La ley del más débil, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Trotta.
- Galiano 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*, 1(15), 71. <https://doi.org/10.25054/16576799.1287>
- Gamboa-Vargas, S. L., & Verdezoto-Toaza, W. O. (2021). La despenalización del aborto desde el enfoque de género. *Iustitia Socialis*, 6(11), 66. <https://doi.org/10.35381/racji.v6i11.1383>
- García-Pablos de Molina, A. (2003). Tratado de criminología (3. ed). Tirant lo Blanch.
- García Pelayo, Manuel. Derecho constitucional comparado. Madrid, Alianza Editorial, 1991.

- Goetschel, A. M. (2021). *Historias de rebelión y castigo: El aborto en Ecuador en la primera mitad del siglo XX*. Editorial FLACSO Ecuador.
- Gómez Villavicencio, R. (2022a). El control constitucional en el Ecuador. Una aproximación teórica y filosófica. *Foro: Revista de Derecho*, 38, 121-144. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.6>
- Guilherme Marinoni, L. (2014). *Control de Constitucionalidad* (1.^a ed.). Editorial Cuscatleca.
- Gumbis, J., Bacienskaite, V., & Randakeviciute, J. (2010). Do Human Rights Guarantee Autonomy? *Jurisprudencija: Mokslo darbu žurnalas*, 63, 77-93.
- Hernández Sampieri, R., Baptista Lucio, P., & Fernández Collado, C. (2000). *Metodología de la investigación* (3a. ed). McGraw-Hill.
- Intriago, M. F., & Molina, B. R. (2023). Análisis jurídico del derecho a la libertad definido en la norma constitucional. *Dominio de Ciencias*, 9(2), 144-155.
- Larrea, A. M., & Herrera, G. (2020). Feminist perspectives on the 2030 Agenda in Ecuador: Selective engagement, inclusions and omissions. *UN Women Discussion Paper*, 34, 43.
- Machado, L., Cedeño, M. P., & Bravo, C. E. (2023). Aborto por violencia sexual: Derecho a la vida vs derecho a la igualdad. *Universidad y Sociedad*, 15(4), 736-744.
- Mayo Abad, D. (2002). Algunos aspectos histórico-sociales del aborto. *Rev Cubana Obstet Ginecol* v.28 n.2 Ciudad de la Habana. http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0138-600X2002000200012

- Moreno, G. (2020). Introducción al estudio de la Historia Constitucional. *Revista Derechos en Acción*, 31.
- Moscoso, K. (2016). El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/5354>
- Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos. (2023, julio). Incrementar la igualdad y combatir la discriminación. <https://www.ohchr.org/es/about-us/what-we-do/our-roadmap/enhancing-equality-and-counteracting-discrimination>
- Palacios Zuloaga, P. (2021). Pushing past the tipping point: Can the inter-American system accommodate abortion rights? *Human Rights Law Review*, 21(4), 899-934. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngab014>
- Pérez Royo, J., & Carrasco Durán, M. (2010). *Curso de derecho constitucional* (12. ed). Marcial Pons.
- Pozo Cabrera, E., & García Amado, J. A. (2016). *Derecho procesal constitucional* (Primera edición). Nueva Jurídica.
- Puchaicela, C. G., & Torres, X. M. (2019). Evolución Normativa del Derecho de la Mujer a una Vida Libre de Violencia En Ecuador. *Boletín Redipe*, 8(8).
- Quiroz Cristian, P. L. (2016). Control de Constitucionalidad. *Revista SURACADEMIA*, 1, 58-63.
- Real Academia Española. (2023). *Diccionario de la Lengua Española* (6ta ed.). <https://dle.rae.es>

- Redrobán Barreto, W. E. (2021). Los Principios del Estado Constitucional de Derechos y Justicia en el procedimiento legislativo en Ecuador. *Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 226-239. <https://doi.org/10.51247/st.v4is1.131>
- Riggs Contra Palmer. Tribunal De Apelaciones De Nueva York -115 Ny 506 (Jiménez Cano, Fabra Jorge, Guzmán Carolina, Trad.). (2008). *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. <http://www.rtfed.es/numero11/21-11.pdf>
- Rocha, M., & López, D. (2022). *Derechos constitucionales y buen vivir* (1.^a ed.). Universidad Tecnológica Indoamérica. <https://fliphtml5.com/nunmm/zqzo/basic>
- Rodriguez, S. J., Suarez, N. A., & Campoverde, L. J. (2021). Estudio Doctrinario del Derecho a la Vida en el Marco Internacional y Constitucional del Ecuador. *Polo del Conocimiento*, 6(12), 1278-1291. <https://doi.org/10.23857/pc.v6i12.3435>
- Rosario-Rodríguez, M. (2011). La supremacía constitucional naturaleza y alcances. *Dikaion*, 20(1), 97-117.
- Salgado, Hernán. (2004). *Lecciones de derecho constitucional* (4. ed). Ediciones Legales.
- Sentencia No. 10-18-CN/19 (Corte Constitucional del Ecuador 2019).
- Sentencia No. 1116-13-EP/20 (Corte Constitucional del Ecuador 2020).
- Siegel, L., & Salazar, D. (2022). *Abortion: Rights in Motion—Global Constitutionalism 2022*. Yale Law School, Public Law Research Paper.

- Storini, C., Gallegos, C. R. M., & Guerra Coronel, M. A. (2022). Control de constitucionalidad en Ecuador: Muchas alforjas para tan corto viaje. *Foro: Revista de Derecho*, 38, 7-27. <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>
- Suczhañay, M. M., Narváez, C. I., Trelles, D. F., & Erazo, J. C. (2020). Despenalización del aborto en el Ecuador para víctimas de violencia sexual. *Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas*, 5(8), 430-445.
- Vallejo, E. (2023). Legal abortion in Ecuador: How the Constitutional Court decriminalized abortion in cases of rape. *Canadian Journal of Latin American and Caribbean Studies / Revue canadienne des études latino-américaines et caraïbes*, 48(2), 165-191. <https://doi.org/10.1080/08263663.2023.2165316>
- Vargas, A., Quizhpe, O., & Blacio, G. (2018). El control constitucional de actos administrativos. Análisis de la jurisprudencia de la corte constitucional ecuatoriana. *Revista Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores.*, 5(2), 1-5.
- Velásquez Turbay, C. (2008). *Derecho constitucional* (3. ed). Universidad Externado de Colombia.
- Vila Casado, I. (2021). *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo* (3a ed.). Universidad Libre.
- Villabella Carlos. (2009). *Los Métodos En La Investigación Jurídica*. Universidad Nacional Autónoma De México, 921-953.
- Zambrano-Moran, A. N., Ronquillo-Riera, O. I., & Moreno-Arvelo, P. M. (2022). Evolución del control constitucional en el Ecuador. *Iustitia Socialis*, 7(12), 38. <https://doi.org/10.35381/racji.v7i12.1574>

Ziulu, A. G. (1997). Derecho constitucional. Ediciones Depalma.